

# Die Lehren zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde  
der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Helmut Ruhland

Assessor aus Kassel

Marburg 1968

1966



# Die Lehren zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde  
der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

**Helmut Ruhland**

Assessor aus Kassel

Marburg 1968



Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen  
Fakultät

|                             |                     |
|-----------------------------|---------------------|
| angenommen am:              | 6. Juli 1966        |
| Berichterstatter:           | Professor Dr. Wolf  |
| Mitberichterstatter:        | Professor Dr. Bruns |
| Tag der mündlichen Prüfung: | 6. Juli 1966        |

Gedruckt mit Unterstützung des Marburger Universitätsbundes

Meinen Eltern



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41554402\\_0016](https://archive.org/details/IA41554402_0016)

## Inhaltsverzeichnis

|                                                                                                                                                | Seite |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Erstes Kapitel                                                                                                                                 |       |
| Gegenstand und Methode der Untersuchung                                                                                                        | 1     |
| § 1: Das Problem                                                                                                                               | 1     |
| I: Das Vorkommen von allgemeinen Geschäftsbedingungen                                                                                          | 1     |
| II: Möglichkeiten der Entscheidung der dargestellten Fälle                                                                                     | 3     |
| III: Der Gegenstand der Untersuchung                                                                                                           | 6     |
| § 2: Begriffsbestimmungen                                                                                                                      | 8     |
| I: Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen                                                                                                | 8     |
| II: "Kaufmann"                                                                                                                                 | 10    |
| III: "Kunde"                                                                                                                                   | 11    |
| § 3: Gang und Methode der Untersuchung                                                                                                         | 11    |
| I: Ausgangspunkt                                                                                                                               | 11    |
| II: Die verschiedenen Gruppen der Lehren zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen                                                | 12    |
| III: Die Reihenfolge der Untersuchung                                                                                                          | 13    |
| IV: Die Methode der Untersuchung                                                                                                               | 13    |
| Zweites Kapitel                                                                                                                                |       |
| Analyse und dogmatische Kritik der in Lehre und Rechtsprechung zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen vertretenen Auffassungen | 14    |
| 1. Teil: Geschichtlicher Überblick                                                                                                             | 14    |
| § 4: Geschichte der Lehren von der Wirkung allgemeiner Geschäftsbedingungen                                                                    | 14    |
| I: Die Lehren zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen vor 1900                                                                  | 14    |
| II: Die Lehren zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen von 1900 bis 1945                                                        | 22    |

|                                                                                                                            |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Die Lehren zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen bis zum Urteil des Reichsgerichts vom 31. Januar 1941 | 22 |
| 2. Das Urteil des Reichsgerichts vom 31. Januar 1941 und die Rechtsprechung des Reichsgerichts danach bis 1945             | 27 |
| III: Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen nach 1945                   | 28 |
| 1. Anknüpfung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts                                                                     | 28 |
| 2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs                                                                               | 29 |
| IV: Zusammenfassung                                                                                                        | 31 |
| 2. Teil: Die "normativen Lehren" zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen                                    | 32 |
| 1. Abschnitt: Die Vorbereitung der "normativen Lehren"                                                                     | 32 |
| § 5: Die Anfänge der "normativen Lehren"                                                                                   | 32 |
| I: Allgemeine Vorbereitung                                                                                                 | 32 |
| II: Vorbereitung im Schrifttum                                                                                             | 33 |
| III: Vorbereitung in der Interessentenliteratur                                                                            | 34 |
| IV: Zusammenfassung                                                                                                        | 36 |
| § 6: Die Revisibilität von allgemeinen Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung für die "normativen Lehren"                 | 36 |
| 2. Abschnitt: Rechtssoziologische Einflüsse                                                                                | 42 |
| § 7: Die Lehren von Rühl und Raiser                                                                                        | 42 |
| I: Rühl                                                                                                                    | 42 |
| 1. Rühls Ausgangspunkt                                                                                                     | 43 |
| 2. Kritik des Ausgangspunktes                                                                                              | 43 |
| 3. Rühls Begründung der normativen Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen                                            | 45 |
| 4. Kritik der Rühlschen Lehre zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen                                       | 46 |

|                                                                                                   | Seite |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| II: Raiser                                                                                        | 49    |
| 3. Abschnitt: Die Beeinflussung der "normativen Lehren" durch die Rechtslehre des Dritten Reiches | 55    |
| § 8: Das Urteil des Reichsgerichts vom 31. Januar 1941 und seine Aufnahme im Schrifttum           | 55    |
| I: Das Urteil                                                                                     | 55    |
| II: Das Schrifttum zum Urteil des Reichsgerichts vom 31. Januar 1941                              | 57    |
| 1. Der Vertragsschluß                                                                             | 58    |
| 2. Die "Natur" der allgemeinen Geschäftsbedingungen                                               | 59    |
| 3. Verwandte Rechtsbegriffe                                                                       | 60    |
| 4. Die "Unterwerfung"                                                                             | 61    |
| 5. Die Rechtssetzungsbefugnis des "Kaufmanns"                                                     | 62    |
| 6. Einflüsse des Tatsächlichkeitsdenkens                                                          | 65    |
| 7. Parallele zur Anstaltsordnung                                                                  | 66    |
| 8. Großmann-Doerth                                                                                | 67    |
| III: Zusammenfassung                                                                              | 69    |
| § 9: Überblick über die Rechtslehre des Dritten Reiches                                           | 72    |
| I: Die Lehre Carl Schmitts vom "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken"                        | 72    |
| II: Das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" in der Rechtslehre des Dritten Reiches         | 73    |
| III: Das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" als Rechtsquellenlehre                        | 77    |
| § 10: Die "normativen Lehren" und das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken"                  | 79    |
| I: "Konkrete Ordnungen" in der Wirtschaft                                                         | 79    |
| 1. Die "Betriebsgemeinschaft"                                                                     | 80    |
| 2. Der "Stand"                                                                                    | 80    |
| 3. Das "Unternehmen"                                                                              | 83    |
| 4. Ergebnis                                                                                       | 84    |

|                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II: Die Begründung der "normativen Lehren" aus dem "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken"    | 85  |
| 1. "Unterwerfung" kein Widerspruch                                                                | 85  |
| 2. Ermächtigung zur Rechtssetzung nicht erforderlich                                              | 86  |
| 3. Keine Vermengung öffentlichen und privaten Rechts                                              | 86  |
| 4. Weitere Einflüsse des "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens" auf die "normativen Lehren" | 86  |
| § 11: Kritik des "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens"                                     | 93  |
| I: Die Unbrauchbarkeit des "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens" als Denkmethode           | 94  |
| II: Rechtsunsicherheit                                                                            | 94  |
| III: Zerstörung des Rechtsstaats durch Betonung des Führerprinzips                                | 95  |
| IV: Verfehltheit des "Gemeinschaftsdenkens"                                                       | 96  |
| V: Verneinung des subjektiven privaten Rechts                                                     | 97  |
| VI: Carl Schmitt und Eugen Ehrlich                                                                | 98  |
| VII: Ergebnis                                                                                     | 100 |
| 4. Abschnitt: Andere "normative Lehren"                                                           | 100 |
| § 12: "Normative Lehren" nach 1945                                                                | 100 |
| I: Überblick                                                                                      | 100 |
| II: Neue Begründungen für die normative Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen              | 102 |
| 1. Die Lehren von Herbert Krüger, Biedenkopf, Baur und Meeske                                     | 102 |
| 2. Kritik                                                                                         | 104 |
| a. Die "Staatlichkeit der Verbände"                                                               | 104 |
| b. Verfehlte Parallelen zu den Tarifverträgen                                                     | 105 |
| c. "Überschreitung der Grenzen der Privatautonomie"                                               | 108 |
| d. Soziologische Einflüsse                                                                        | 109 |

## IX

|                                                                                                                                                   | Seite |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| e. Die Aufstellung von allgemeinen Geschäftsbedingungen                                                                                           | 110   |
| f. Zusammenfassung                                                                                                                                | 112   |
| § 13: "Normative Lehren", die von einer behördlichen Genehmigung oder Allgemeinverbindlicherklärung von allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgehen | 112   |
| I: Die behördliche Genehmigung von allgemeinen Geschäftsbedingungen                                                                               | 112   |
| II: Allgemeinverbindlicherklärung von allgemeinen Geschäftsbedingungen                                                                            | 114   |
| III: Die Kraftverkehrsordnung von 1936 (KVO)                                                                                                      | 116   |
| IV: Ergebnis                                                                                                                                      | 117   |
| § 14: Das Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen als Gewohnheitsrecht                                                                 | 117   |
| 3. Teil: Die "vertraglichen Lehren" zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen                                                        | 118   |
| § 15: Die Bedeutung der Aufstellung von allgemeinen Geschäftsbedingungen für deren Vereinbarung                                                   | 118   |
| I: Die Aufstellung von allgemeinen Geschäftsbedingungen und § 315 BGB                                                                             | 118   |
| II: Die Aufstellung von allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsgeschäft                                                                       | 119   |
| § 16: Lehren, die für das Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen einen Vertrag zwischen "Kaufmann" und "Kunde" verlangen              | 121   |
| I: Voraussetzungen des Vertragsschlusses                                                                                                          | 121   |
| II: Überblick über Rechtsprechung und Lehre                                                                                                       | 122   |
| III: Mit dem Vertrag als freier realer Willensübereinstimmung unvereinbare Begriffe                                                               | 123   |
| 1. Die "Unterwerfung"                                                                                                                             | 123   |
| 2. Das "Kennen-Müssen"                                                                                                                            | 126   |
| 3. Die Veröffentlichung von allgemeinen Geschäftsbedingungen                                                                                      | 131   |

|                                                                                                                                                   | Seite |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| IV: Ungenügende Beachtung des erklärten Willens der Vertragspartner                                                                               | 133   |
| 1. "Inhaltskontrolle" durch unrichtige Feststellung der Grenzen der Willenserklärung des "Kunden"                                                 | 133   |
| 2. Das Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Grund ergänzender Vertragsauslegung                                                 | 136   |
| V: Ergebnis                                                                                                                                       | 137   |
| § 17: Das Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen als Verkehrssitte oder Handelsbrauch                                                 | 137   |
| I: Begriff und Wirkung der Verkehrssitte                                                                                                          | 137   |
| II: Allgemeine Geschäftsbedingungen als Verkehrssitte                                                                                             | 139   |
| III: Die Wirksamkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen kraft "normierender Verkehrssitte" nach Raiser                                          | 142   |
| 1. Die Lehre Raisers                                                                                                                              | 142   |
| 2. Kritik                                                                                                                                         | 144   |
| 3. Die "einfache Verkehrssitte"                                                                                                                   | 147   |
| IV: Das kaufmännische Bestätigungsschreiben                                                                                                       | 148   |
| 4. Teil: Lehren, die weder allgemeine Geschäftsbedingungen als rechtliche Regelungen ansehen noch für deren Wirksamwerden einen Vertrag verlangen | 151   |
| § 18: Die "vermittelnden Theorien" zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen                                                         | 151   |
| I: Grundsätzliche Überlegungen zu "vermittelnden Theorien"                                                                                        | 151   |
| II: Darstellung und Kritik der "vermittelnden Theorien"                                                                                           | 153   |
| 1. Die Lehre Krauses                                                                                                                              | 153   |
| 2. Die Lehre Meeskes                                                                                                                              | 155   |
| 3. Die Lehre Siegs                                                                                                                                | 156   |
| 4. Die Lehren Guthkes und Nipperdeys                                                                                                              | 157   |
| 5. Die Lehre Flumes                                                                                                                               | 160   |

## XI

|                                 | Seite |
|---------------------------------|-------|
| Drittes Kapitel                 |       |
| Die Ergebnisse der Untersuchung | 162   |
| § 19: Zusammenfassung           | 162   |



# L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- |                |                                                                                                                                         |
|----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Augstein       | Hat der Reichskraftwagentarif (RKT) Gesetzeskraft und gilt er auch für den Speditionsvertrag ?<br>in: MDR 1953, 10 ff.                  |
| Ballerstedt    | Kartellverbot und Einzelvertrag<br>in: JZ 1956, 267 ff.                                                                                 |
| Baumbach-Duden | Kommentar zum Handelsgesetzbuch<br>17. Auflage, München und Berlin<br>1966                                                              |
| Baur           | Erfordert das Kraftfahrzeug als wertvolles Wirtschaftsgut besondere Bestimmungen über Erwerb und Veräußerung ?<br>in: DAR 1962, 321 ff. |
| Baur           | Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht<br>in: JZ 1963, 41 ff.                                               |
| Benkard        | Die Geltung der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen<br>in: BB 1953, 782 ff.                                                      |
| Bernhardt      | Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsnormen<br>in: DR 1942, 1171 ff.                                                          |
| Biedenkopf     | Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung<br>Heidelberg 1958                                                       |
| Bindels        | Die Wirksamkeit der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen ( ADSp.)<br>in: NJW 1955, 1132 ff.                                       |
| Bindels        | Der Streit um die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen<br>in: BB 1958, 16 ff.                                                     |
| Blankenstein   | Die Rechtskraft der Arbeitsordnungen<br>in: AöR 13, 119 ff.                                                                             |
| Bobrowski      | Liefervertrag und Lieferbedingungen<br>Karlsruhe 1956                                                                                   |

- Brandner Die Umstände des einzelnen Falles  
bei der Auslegung und Beurteilung  
von allgemeinen Geschäftsbedin-  
gungen  
in: AcP 162, 237 ff.
- Brandt, Hans Die Allgemeinen Geschäftsbedin-  
gungen und das sogenannte dispo-  
sitive Recht  
in: DRW 1940, 76 ff.
- Brockhaus,  
Der Große 10. Band  
15. Auflage, Leipzig 1934  
11. Band  
16. Auflage, Wiesbaden 1957
- Bruck-Möller Kommentar zum Versicherungsver-  
tragsgesetz, 1. Band  
8. Auflage, Berlin 1961
- v. Brunn Die formularmäßigen Vertragsbedin-  
gungen der deutschen Wirtschaft  
2. Auflage, Köln und Berlin 1956
- v. Brunn Über unlautere Geschäftsbedingun-  
gen  
in: AcP 159, 547 ff.
- v. Caemmerer Verlängerter Eigentumsvorbehalt  
und Bundesgerichtshof  
in: JZ 1953, 99 ff.
- Clauß Die Problematik der gesetzlich  
verankerten AGB, dargestellt an  
der Kraftverkehrsordnung  
in: NJW 1956, 817 f.
- Clauß Zur Systematik der Allgemeinen  
Geschäftsbedingungen  
in: MDR 1959, 165 ff.
- Dahm Deutsches Recht  
Hamburg 1944  
1. Auflage, Stuttgart und Köln  
1951  
2. Auflage, Stuttgart 1963
- Dahm Die drei Arten des rechtswissen-  
schaftlichen Denkens  
in: ZStW 95, 181 ff.

- Danielcik            Gewährscheine in allgemeinen Ver-  
tragsbedingungen  
in: JW 1936, 2041 ff.
- Dannbeck            Konkretes Ordnungsdenken und steu-  
errechtliche Typenlehre  
in: ZAkDR 1938, 808 ff.
- Dietz                Anmerkung zu LAG Bremen vom 18. 4.  
1951  
in: SAE 1951, 146
- Dilcher              Typenfreiheit und inhaltliche Ge-  
staltungsfreiheit bei Verträgen  
in: NJW 1960, 1040 ff.
- Dölle                Außergesetzliche Schuldpflichten  
in: ZStW 103, 67 ff.
- Dove                 Subjektive Elemente bei der Ge-  
wohnheitsrechtsbildung. Handels-  
gebräuche und typische Geschäfts-  
bedingungen  
in: JW 1916, 368 ff.
- Dove                 Anmerkung zu RG vom 22. 12. 1925  
in: JW 1926, 1325 f.
- Droste                Das Recht der Allgemeinen Ge-  
schäftsbedingungen  
in: DB 1957, Beilage 10
- Düringer-  
Hachenburg            Kommentar zum Handelsgesetzbuch  
V. Band, 2. Hälfte  
3. Auflage; Mannheim, Berlin,  
Leipzig 1932
- Eckhardt             Recht oder Pflicht ?  
in: DRW 1936, 7 ff.
- Ehrenzweig            Neue Versicherungsbedingungen  
in: HansRGZ 1929, A, 389 ff.
- Ehrlich              Grundlegung der Soziologie des  
Rechts  
Unveränderter Neudruck der 1. Auf-  
lage 1913  
München und Leipzig 1929
- Eichler               Die Ordnung des Privatrechts  
in: ZAkDR 1937, 562 ff.

- Billes Gedanken zur Auslegung und Anwendung subjektiven Privatrechts  
in: ZZP 62, 1 ff.
- Billes Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Gerichte  
in: DGWR 1941, 121 ff.
- Engisch Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit  
Heidelberg 1953
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts  
15. Bearbeitung, Tübingen 1959
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
4. Auflage, Münster 1967
- Esser Schuldrecht  
2. Auflage, Karlsruhe 1960
- Etzler Der Geltungsgrund Allgemeiner Geschäftsbedingungen  
Göttingen 1961
- Ewald Wettbewerbsfreiheit und Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen  
in: BB 1951, 882 ff.
- Fikentscher Sind die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen abdingbar ?  
in: BB 1961, 297 ff.
- Fischer Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen  
in: BB 1957, 481 ff.
- Fischerhof Anmerkung zu OLG Frankfurt vom 13. 1. 1953  
in: NJW 1953, 1306 f.
- Flume Rechtsgeschäft und Privatautonomie  
in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Band I  
Zitierweise: Festschrift

- Gallois Handelsbräuche, Gewohnheitsrecht  
und allgemeine Geschäftsbedingun-  
gen im Rechtsleben  
in: JR 1956, 45 ff.
- Galperin-Siebert Kommentar zum Betriebsverfassungs-  
gesetz  
3. Auflage, Heidelberg 1958
- Gerber Über den Begriff der Autonomie  
in: AcP 37, 35 ff.
- v. Gierke Deutsches Privatrecht, Erster Band  
Unveränderter Neudruck der 1. Auf-  
lage 1895  
München und Leipzig 1936
- Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Band I  
Levin 2. Auflage, Stuttgart 1875  
Zitierweise: Handbuch I
- Goldschmidt, Die Haftungspflicht der Eisen-  
Levin bahnverwaltungen im Güterverkehr  
in: ZHR 4, 569 ff.
- Graul Allgemeine Geschäftsbedingungen  
und Handelsbräuche  
Halle-Wittenberg 1932
- Großmann-Doerth Selbstgeschaffenes Recht der Wirt-  
schaft und staatliches Recht  
Freiburg 1933  
Zitierweise: Selbstgeschaffenes  
Recht
- Großmann-Doerth Die Rechtsfolgen vertragswidriger  
Andienung  
Marburg 1934  
Zitierweise: Andienung
- Großmann-Doerth Der Jurist und das autonome Recht  
der Wirtschaft  
in: JW 1929, 3447 ff.
- Großmann-Doerth Besprechung von: Hamelbeck, Be-  
griff, Arten und Verbindlichkeit  
der allgemeinen Geschäftsbedin-  
gungen  
in: JW 1930, 3724 f.

- Großmann-Doerth      Zur Reform der Kommanditgesellschaft  
in: AcP 147, 1 ff.
- Guelde                Ist die Kraftverkehrsordnung allgemein rechtsverbindlich ?  
in: DB 1953, 394 f.
- Guthke                Das Wirksamwerden Allgemeiner Geschäftsbedingungen  
Münster 1959
- Hachenburg           Anmerkung zu RG vom 26. 10. 1915  
in: JW 1916, 134
- Hagen                Versicherungsrecht  
in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 8. Band, I. Abteilung, S. 1 ff.  
Leipzig 1922
- Haid                 Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen  
2. Auflage, Darmstadt 1958
- Hallstein            Von der Sozialisierung des Privatrechts  
in: ZStW 102, 530 ff.
- Hallstein            Wiederherstellung des Privatrechts  
in: SJZ 1946, 1 ff.
- Hamann               Sind die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen noch in Kraft ?  
in: BB 1949, 384 ff.
- Hamann               Über die Verbindlichkeit der "Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp)"  
in: MDR 1949, 209 ff.
- Hamann               Aus der neuesten Rechtsprechung zu den Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen  
in: BB 1950, 831 f.
- Hamelbeck            Begriff, Arten und Verbindlichkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen  
Berlin 1930

- Haupt Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Banken  
Leipzig 1937  
Zitierweise: AGB
- Haupt Vertragsfreiheit und Gesetz  
in: ZAKDR 1943, 84 ff.
- Haus Vereinbarung von Geschäfts-Bedingungen zwischen den beteiligten Interessentengruppen  
Bonn 1936
- Hedemann (Herausgeber) Volksgesetzbuch, Grundregeln und Buch I  
Entwurf und Erläuterungen  
München und Berlin 1942
- Heidland Die Praxis der Verkaufs- und Einkaufsbedingungen sowie die Notwendigkeit einheitlicher Lieferungsbedingungen  
Stuttgart 1929
- Helm Die Ausdehnung des Schutzbereichs allgemeiner Geschäftsbedingungen auf die Haftung der Arbeitnehmer  
in: AcP 161, 516 ff.
- Herschel Anmerkung zu RG vom 22. 10. 1940  
in: DR 1941, 54 f.
- Herschel Anmerkung zu RG vom 31. 3. 1941  
in: DR 1941, 1727 f.
- Herschel Die "konkrete Ordnung" des Betriebes  
in: Soziale Praxis 1941, 49 ff.
- Herschel Die Vertragsordnung als Rechtsnorm  
in: DR 1942, 753 ff.
- Herschel Rechtsnatur und Verbindlicherklärung der Vertragsordnung  
in: DGWR 1942, 251 ff.
- Heymann Anmerkung zu RG vom 12. 11. 1915  
in: JW 1916, 571 f.

- Hildebrandt, Heinz      Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen  
in: AcP 143, 326 ff.
- Hildebrandt, Wolfgang      Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen  
in: JR 1955, 325 ff.
- v. Hippel, Fritz      Die nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre  
Tübingen 1946
- Höhn      Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft  
Hamburg 1935
- Huber, Ernst Rudolf      Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1  
2. Auflage, Tübingen 1953  
Zitierweise: Huber I
- Huber, Ernst Rudolf      Die deutsche Staatswissenschaft  
in: ZStW 95, 1 ff.
- Huber, Ernst Rudolf      Einheit und Gliederung des völkischen Rechts  
in: ZStW 98, 310 ff.
- Hueck, Alfred      Normenverträge  
Iher. Jahrb. 73, 33 ff.
- Hueck, Alfred      Anmerkung zu RAG vom 19. 1. 1938  
in: ARS 33, 179 ff.
- Hueck, Götz      Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht  
München und Berlin 1958
- Isaac      Gesetzgebung ohne Gesetz  
in: JW 1927, 2785 ff.
- Isele      Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen  
in: JuS 1961, 308 ff.
- Jacobi      Grundlehren des Arbeitsrechts  
Leipzig 1927
- Kersting      Anmerkung zu RG vom 31. 1. 1941  
in: DR 1941, 1213 ff.

- Kisch                    Zum Nachprüfungsrecht des Revisionsgerichts  
in: JR 1926, 454 ff.
- Kisch                    Anmerkung zu RG vom 31.3.1925  
in: JW 1926, 554 f.
- Klausing                Anmerkung zu RG vom 12.1.1923  
in: JW 1924, 814
- Klausing                Rechtsgestaltung und Rechtsschöpfung im Vertrags- und Gesellschaftswesen  
in: DNotZ 1936, 446 ff.
- Klausing                Grundsätzliches über "wirtschaftliche Betrachtungsweise", "Typenlehre" und "konkretes Ordnungsdenken"  
in: ZAkDR 1939, 112 ff.
- Koch                    Banken und Bankgeschäfte  
Jena 1931
- Koch                    Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, ihre rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung und Entwicklung  
Jena 1932
- Koch                    Allgemeine Lieferungs- und Geschäftsbedingungen  
in: DR 1944, 166 ff.
- Koehler                Allgemeine Verkaufsbedingungen  
Mannheim, Berlin, Leipzig 1934
- Koehler                Die neuen "Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen"  
in: LZ 1927, 1450 ff.
- Kost                    Zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen  
Mannheim, Berlin, Leipzig 1933
- Krause                Rechtseinheit und ständisches Recht  
in: DRW 1936, 300 ff.

- |                 |                                                                                                                |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Krause          | Auftragsbestätigung und Allgemeine Geschäftsbedingungen<br>in: BB 1952, 996 ff.                                |
| Krause          | Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates<br>in: BB 1955, 265 ff.             |
| Krien           | Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Spediteurverkehrs (ADSp)<br>Wiesbaden o. J.                           |
| Krien           | Anmerkung zu LG Berlin vom 26.11.1948<br>in: JR 1949, 54 f.                                                    |
| Krien           | Anmerkung zu KG vom 22.10.1949<br>in: JR 1950, 601 f.                                                          |
| Krien-Hay       | Die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp)<br>Berlin 1959                                           |
| Krüger, Herbert | Der Wille des Gesetzgebers<br>in: Recht, Volksordnung, Lebensraum 1943, 108 ff.                                |
| Krüger, Herbert | Die Stellung der Interessenverbände in der Verfassungswirklichkeit<br>in: NJW 1956, 1217 ff.                   |
| Krüger, Herbert | Staatliche Gesetzgebung und nicht-staatliche Rechtsetzung<br>in: RdA 1957, 201 ff.                             |
| Kühn            | Der vorläufige Aufbau der gewerblichen Wirtschaft<br>in: AöR 66, 334 ff.                                       |
| Laband          | Die Handels-Usancen<br>in: ZHR 17, 466 ff.                                                                     |
| Lange, Heinrich | Vom alten zum neuen Schuldrecht<br>Hamburg 1934<br>Zitierweise: Schuldrecht                                    |
| Lange, Heinrich | Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat<br>Tübingen 1934<br>Zitierweise: Gesetzesstaat                               |
| Lange, Heinrich | Die Entwicklung der Wissenschaft vom Bürgerlichen Recht seit 1933<br>Tübingen 1941<br>Zitierweise: Entwicklung |

- Larenz                    · Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie  
Tübingen 1934  
Zitierweise: Rechtserneuerung
- Larenz                    Über Gegenstand und Methode des  
völkischen Rechtsdenkens  
Berlin 1938  
Zitierweise: Gegenstand
- Larenz                    Methodenlehre der Rechtswissenschaft  
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960  
Zitierweise: Methodenlehre
- Larenz                    Lehrbuch des Schuldrechts, Band I:  
Allgemeiner Teil  
7. Auflage, München und Berlin 1964  
Zitierweise: Larenz I
- Larenz                    Besprechung von C. Schmitt: Über  
die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens  
in: ZDK 1935, 112 ff.
- Larenz                    Die Wandelung des Vertragsbegriffs  
in: DR 1935, 488 ff.
- Larenz                    Gemeinschaft und Rechtsstellung  
in: DRW 1936, 31 ff.
- Larenz                    Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs?  
in: NJW 1951, 497 ff.
- Lehmann                  Allgemeiner Teil des Bürgerlichen  
Gesetzbuches  
12. Auflage, Berlin 1960
- Leontowitsch            Die Theorie der institution bei  
Maurice Hauriou  
in: ARSP 29, 363 ff. und 30, 202  
ff.
- Lotmar                    Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches,  
Band I  
Leipzig 1902
- Lukes                    Der Kartellvertrag  
München und Berlin 1959
- Lukes                    Gedanken zur Begrenzung des Inhalts  
Allgemeiner Geschäftsbedingungen  
in: Festschrift für Alfred Hueck  
S. 459 ff.  
München und Berlin 1959  
Zitierweise: Festschrift

- Lukes Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen  
in: JuS 1961, 301 ff.
- Lukes § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen  
in: NJW 1963, 1897 ff.
- Mälzig Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen und Speditionsversicherungsschein  
in: DRZ 1950, 103 f.
- Mälzig Anmerkung zu OLG Saarbrücken vom 22.7.1953  
in: NJW 1954, 605
- Manigk Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen  
Berlin 1935
- Manigk Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen  
in: Die RG-Praxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 1929, 94 ff.  
Zitierweise: Festschrift
- Maunz Die Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechts seit dem Jahre 1933  
in: ZStW 95, 311 ff.
- Maunz Die steuerrechtliche Typenlehre  
in: ZAkDR 1937, 680 ff.
- Maunz Das Verwaltungsrecht des nationalsozialistischen Staates  
in: Hans Frank, Deutsches Verwaltungsrecht 1937, 27 ff.
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Band, 3. Auflage, München und Leipzig 1924
- Mayerhofer Rechtsnatur und Verbindlichkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen mit besonderer Berücksichtigung der Bankbedingungen  
Rostock o.J.
- Meeske Die "Unterwerfung" unter allgemeine Geschäftsbedingungen  
in: BB 1959, 857 ff.

- Meinhof Rasse und Recht  
in: JW 1935, 3072 ff.
- Meiss Zur Frage der Zulässigkeit des  
Haftungsausschlusses in Allgemein-  
en Geschäftsbedingungen und For-  
mularverträgen  
in: VersR 1960, 961 ff.
- Mendelssohn- Anmerkung zu RG vom 26.10.1918  
Bartholdy in: JW 1919, 189 f.
- Michel Die allgemeinen Geschäftsbedin-  
gungen als Vertragsbestandteil  
in der Rechtsprechung  
Tübingen 1932
- Molitor Über Öffentliches Recht und Pri-  
vatrecht  
Karlsruhe 1949
- Mroch Zum Kampf gegen die unlauteren  
Geschäftsbedingungen  
Karlsruhe 1960
- Müllereisert Allgemeine Lieferungsbedingungen  
der Industrie, des Handwerks und  
der öffentlichen Hand  
Berlin 1932
- Müllereisert Der Rechtscharakter des Formular-  
rechts der Wirtschaft  
in: Deutsche Rechtspflege 1936,  
139 ff.
- Müllereisert Freie Allgemeine Geschäfts- und  
Lieferungsbedingungen als sub-  
jektives Fallrecht - für verbind-  
lich erklärte oder "angeordnete"  
ALB und AGB als objektives Recht  
in: DGWR 1942, 111 ff.
- Müller-Freien- Ehe und Recht  
fels Tübingen 1962
- Müller-Henneberg- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-  
Schwartz kungen und europäisches Wettbe-  
werbsrecht  
2. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-  
München 1963
- Mugdan Die gesamten Materialien zum  
Bürgerlichen Gesetzbuch; I. Band:  
Einführungsgesetz und Allgemei-  
ner Teil  
Berlin 1899

- |               |                                                                                                                                                                           |
|---------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Naegeli       | Allgemeine Geschäftsbedingungen<br>Zürich 1951                                                                                                                            |
| Nehring       | Das neue deutsche Speditions-<br>recht (Verbindlicherklärung der<br>ADSp)<br>in: HansRGZ 1940, A, 75 ff.                                                                  |
| N.N.          | Zum Lucca - Pistoja - Aktien -<br>Streit<br>in: ZHR 3, 135 ff.                                                                                                            |
| Noerr, Rudolf | Die Rechtsnatur der Allgemeinen<br>Geschäftsbedingungen<br>München 1954                                                                                                   |
| Nußbaum       | Theorie und Wirklichkeit der<br>Allgemeinen Lehren des bürger-<br>lichen Rechts<br>in: ArchBR 42, 136 ff.                                                                 |
| Odebrett      | Rechtsverbindlichkeit und Rechts-<br>wirksamkeit allgemeiner Geschäfts-<br>bedingungen unter besonderer Be-<br>rücksichtigung der Bankbedingun-<br>gen<br>Königsberg 1932 |
| Oertmann      | Rechtsordnung und Verkehrssitte<br>Leipzig 1914                                                                                                                           |
| Oertmann      | Die rechtliche Natur der Arbeits-<br>ordnung<br>in: Festgabe für Bernhard Hübler,<br>S. 9 ff.<br>Berlin 1905<br>Zitierweise: Festschrift                                  |
| Pagenstecher  | Sittenwidrige Lieferungsbedingun-<br>gen 2. Auflage, Marburg 1944                                                                                                         |
| Palandt       | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-<br>buch 26. Auflage, München und Ber-<br>lin 1967                                                                                      |
| Peter         | Kritik der Geschäftsbedingungen<br>in: DR 1938, 53 ff.                                                                                                                    |
| Prölß         | Kommentar zum Versicherungsauf-<br>sichtsgesetz<br>München und Berlin 1955                                                                                                |
| Prölß         | Kommentar zum Versicherungsver-<br>tragsgesetz<br>16. Auflage, München und Berlin<br>1967                                                                                 |

- Prölß                   Zwei Jahre Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Versicherungssachen  
in: VersR 1953, 4 ff.
- Raiser                   Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen  
Hamburg 1935, unveränderter Nachdruck Bad Homburg v.d.H. 1961  
Zitierweise: AGB
- Raiser                   Anmerkung zu KG vom 22.10.1949  
in: SJZ 1950, 668 ff.
- Raiser                   Anmerkung zu LG Aachen vom 13.7. 1951  
in: NJW 1952, 625 f.
- Raiser                   Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit  
in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Band I, S. 101 ff.  
Zitierweise: Festschrift
- Rehm                    Die verwaltungsrechtliche Bedeutung der Fabrikordnung  
in: Annalen des Deutschen Reiches 1894, 132 ff.
- Reuß-Siebert           Die konkrete Ordnung des Betriebes  
Berlin-Leipzig-Wien 1941
- Reuver                  Die neuen Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen  
in: ZBH 1928, 65 ff., 191 ff., 389 ff.
- RGRK-BGB               Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 1. Band,  
11. Auflage, Berlin 1959
- RGRK-HGB               Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts  
3. Band, 2. Auflage Berlin 1963,  
5. Band, 2. Auflage Berlin 1960
- Richter                 Die neuen Spediteurbedingungen und ihre rechtliche Anerkennung  
in: JW 1929, 2032 ff.

# XXVIII

|                            |                                                                                                                 |
|----------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Ritter                     | Legalisierung der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen<br>in: DR 1940, 779 ff.                            |
| Roesch                     | Zur Frage der Rechtsnatur der Kraftverkehrsordnung<br>in: NJW 1953, 1499 f.                                     |
| Rosenberg                  | Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts<br>9. Auflage, München und Berlin 1961                                 |
| Rospatt                    | Zum Pfandrecht der Banken auf Grund ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen<br>in: BankA 32, 487 ff.             |
| Rühl                       | Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft<br>Mannheim, Berlin, Leipzig 1931                                          |
| Sachse                     | Welche Bedeutung hat die Verkehrssitte für die Auslegung der Verträge?<br>in: AcP 127, 288 ff.                  |
| Sandrock                   | Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften<br>in: AcP 159, 481 ff. |
| Schlegelberger-Hildebrandt | Kommentar zum Handelsgesetzbuch, III. Band<br>3. Auflage, Berlin und Frankfurt 1956                             |
| Schmid-Loßberg             | Die Geltung der Allgemeinen Deutschen Spediteur-Bedingungen (ADSp)<br>in: MDR 1949, 609 f.                      |
| Schmid-Loßberg             | Anmerkung zu BGH vom 19.1.1951<br>in: MDR 1951, 285 ff.                                                         |
| Schmid-Loßberg             | Wettbewerbsfreiheit und Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen (Westzonen)<br>in: BB 1952, 103 f.             |
| Schmid-Loßberg             | Anmerkung zu BGH vom 3.2.1953<br>in: MDR 1953, 354 f.                                                           |

# XXIX

- |                       |                                                                                                                                   |
|-----------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Schmidt-Tophoff       | Die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp) in ihrer Bedeutung, Entwicklung und Wirksamkeit<br>in: MDR 1961, 185 ff.    |
| Schmitt, Carl         | Staat, Bewegung, Volk<br>Hamburg 1933                                                                                             |
| Schmitt, Carl         | Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens<br>Hamburg 1934<br>Zitierweise: Drei Arten                               |
| Schmitt, Carl         | Nationalsozialistisches Rechtsdenken<br>in: DR 1934, 225 ff.                                                                      |
| Schmitt, Carl         | Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes<br>in: DR 1936, 181 ff.                                                     |
| Schneider, Dieter     | Beschränkung von Gewährleistungsrechten in Allgemeinen Lieferungsbedingungen<br>in: NJW 1954, 133 ff.                             |
| Schneider, Peter      | Ausnahmestand und Norm<br>Eine Studie zur Rechtslehre von Carl Schmitt<br>Stuttgart 1957                                          |
| Schnorr v. Carolsfeld | Die Notwendigkeit neuer Begriffsbildung im bürgerlichen Recht<br>in: DJZ 1935, 1475 ff.                                           |
| Schoreit              | Zwingendes Recht gegen "Allgemeine Geschäftsbedingungen"?<br>in: MDR 1964, 206 f.                                                 |
| Schreiber             | Handelsbräuche<br>Mannheim, Berlin und Leipzig 1922                                                                               |
| Schweers              | Das neue deutsche Gemeinschaftsrecht und die Berechtigung seiner Gliederung in öffentliches Recht und Privatrecht<br>Münster 1938 |
| Schwinge              | Grundlagen des Revisionsrechts<br>2. Auflage, Bonn 1960                                                                           |
| Schwinge-Zimmerl      | Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht<br>Bonn 1937                                                               |

- |                 |                                                                                             |
|-----------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|
| Sebba           | Bedeutung und Wirksamkeit autonomer Vertragsbedingungen im Verkehrsrecht<br>Leipzig 1931    |
| Senckpiehl      | Allgemeine Geschäftsbedingungen<br>Wiesbaden 1922                                           |
| Senckpiehl      | Die Geltung der Allgemeinen Deutschen Spediteur-Bedingungen<br>in: JR 1950, 581 f.          |
| Senckpiehl      | Die Geltung der Allgemeinen Deutschen Spediteur-Bedingungen (ADSp)<br>in: JR 1951, 524 f.   |
| Senckpiehl      | Geltung der BBM<br>in: MDR 1951, 648 ff.                                                    |
| Siebert         | Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung<br>in: DRW 1936, 23 ff.          |
| Siebert         | BGB-System und völkische Ordnung<br>in: DRW 1936, 204 ff.                                   |
| Siebert         | Ergebnisse und Vorschläge zum System des deutschen Vermögensrechts<br>in: DR 1941, 1506 ff. |
| Siebert         | Zur Rechtserneuerung im Schuldrecht<br>in: DR 1941, 1930 ff.                                |
| Siebert         | Wandlungen im bürgerlichen Recht seit 1933<br>in: DR 1944, 5 ff.                            |
| Sieg            | Der Tarifvertrag im Blickpunkt des Zivilrechts<br>in: AcP 151, 246 ff.                      |
| Sieg            | Wesen und Geltung der Betriebsübung<br>in: RdA 1955, 441 ff.                                |
| Soergel-Siebert | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I<br>10. Auflage, Stuttgart 1967                |

- v. Staudinger      Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
                          Band I, 11. Auflage, Berlin 1957  
                          Band I b, 11. Auflage, Berlin 1961
- v. Staudinger-Weber      Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Teil 1, §§ 241/242,  
                          10. Auflage, Berlin 1940
- Stoldt              Normative Kraft der ADSP und der Allgemeinen Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransports (ALB)  
                          in: MDR 1951, 141 f.
- Streitgespräch      Über Zulässigkeit und Wirkung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen  
                          in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Band II, Tübingen 1956
- v. Tuhr              Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts  
                          I. Band, Leipzig 1910,  
                          II. Band, 1. Hälfte, München und Berlin 1914
- Weirauch-Heinze      Kommentar zur Eisenbahnverkehrsordnung  
                          8. Auflage, Berlin 1962
- Wendt              Die Auslegung der Verträge unter besonderer Berücksichtigung der Auslegung "Allgemeiner Geschäftsbedingungen"  
                          Marburg 1927
- Westermann      Objektivierung der allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Umwandlung in objektives Recht  
                          in: NJW 1963, 1586 ff.
- Wieacker              Zum System des deutschen Vermögensrechts  
                          Leipzig 1941  
                          Zitierweise: System
- Wieacker              Der Stand der Rechtserneuerung auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts  
                          in: DRW 1937, 3 ff.
- Wolf-Lücke-Hax      Scheidung und Scheidungsrecht  
                          Tübingen 1959

- Wolgast      Anmerkung zu OLG Nürnberg vom  
6.2.1953  
in: NJW 1954, 603
- Wolgast      Folgerungen aus der besonderen  
Rechtsnatur der Allgemeinen  
Deutschen Spediteurbedingungen  
in: BB 1954, 675 f.
- Würdinger      Allgemeine Geschäftsbedingungen  
im Lichte der Dekartellisierungs-  
bestimmungen  
in: MDR 1952, 129 ff.

## Erstes Kapitel

### Gegenstand und Methode der Untersuchung

#### § 1: Das Problem

##### I: Das Vorkommen von allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die wichtigsten Fälle, in denen allgemeine Geschäftsbedingungen<sup>1)</sup> vorkommen, lassen sich in fünf Arten einteilen, die in den folgenden Beispielen erläutert werden.

1. Der Kaufmann K vereinbart mit dem Spediteur S telefonisch, für ihn einen Warentransport durchzuführen. Unterwegs geht das Speditionsgut verloren. Als K von S Schadensersatz verlangt, verweist S ihn an die Versicherungsgesellschaft V und weist darauf hin, daß nach den Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp) nicht er, sondern ein Pool von Versicherungsgesellschaften hafte.

2. Der bei der Versicherungsgesellschaft V haftpflichtversicherte Autohalter A verursacht einen kleinen Unfall und erklärt dem Geschädigten an der Unfallstelle, daß er für den Schaden aufkommen werde. Als A später von V die Abdeckung des Schadens verlangt, erklärt diese, sie sei nach § 7 Abs. 5 i. V. m. § 7 Abs. 2 S. 1 AKB von ihrer Einstandspflicht freigeworden, weil es dem Versicherungsnehmer unterlagt sei, ein Schuldanerkenntnis abzugeben.

3. Die Hausfrau H stellt fest, daß der von ihr der Reinigungsanstalt R zur chemischen Reinigung übergebene Anzug ihres Mannes völlig verdorben ist. Als

---

1) Im folgenden aGB genannt.

sie 200,-- DM Schadensersatz verlangt, entgegnet der Inhaber der Reinigungsanstalt, nach den Lieferbedingungen der Chemisch-Reiniger-Anstalten hatte er nur bis zum fünfzehnfachen Arbeitsentgelt.

4. Die Bank B lehnt die Diskontierung eines ihr von dem Geschäftsmann G übergebenen Wechsels ab. Als G dessen Herausgabe verlangt, weigert sich B, weil ihr an dem Wechsel nach ihren aGB ein Pfandrecht wegen rückständiger Forderungen zustehe.

5. Die Eheleute M erhalten von der Stadtverwaltung S den Bescheid, daß auf ihrem Ackergrundstück Masten für eine elektrische Versorgungsleitung aufgestellt werden sollen. Als die Eheleute dafür eine Entschädigung verlangen, teilt S mit, daß nach den Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit aus dem Niederspannungsnetz der Elektrizitätsversorgungsunternehmen jeder Grundeigentümer verpflichtet sei, die Aufstellung von Masten ohne Entgelt zu dulden.

Die fünf geschilderten Fälle zeigen, in welchen Wirtschaftszweigen aGB verwendet werden. Bei ihrer allgemeinen Verbreitung ist es leichter, die Branchen zu nennen, in denen aGB nicht üblich sind<sup>1)</sup>. So verwenden etwa die Warenhäuser keine aGB, soweit es sich nicht um Kredit- oder Versandgeschäfte handelt. Bei Bargeschäften sind "Zahlungsbedingungen" entbehrlich, da hier keine besonderen Bestimmungen über Eigentumsvorbehalt, Verzugszinsen und Rücktritt getroffen werden müssen. Nur bei hochwertigen Wirtschaftsgütern wird die Gewährleistung auch bei Bargeschäften in aGB geregelt.

---

1) AGB sind auch im "Sozialistischen Lager" verbreitet und stellen eine "unerläßliche Vereinfachung und Erleichterung des Geschäftsverkehrs" dar, OGH DDR BB 1951, 939.

AGB gibt es in allen möglichen Arten. Oft enthalten sie nur eine Klausel über Erfüllungsort und Gerichtsstand; es gibt aber auch so große Zusammenstellungen wie die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen, die nach Inhalt und Form einem Gesetz ähneln.

## II: Möglichkeiten der Entscheidung der dargestellten Fälle

Es stellt sich nun die Frage, ob jene Haftungsbegrenzungen oder Rechte, deren Existenz S, V, R, B und die Stadtverwaltung behaupten, wirklich bestehen. Das setzt voraus, daß die betreffenden aGB für die geschilderten Rechtsverhältnisse wirksam geworden und nicht wegen Verstoßes gegen eine gesetzliche Regelung unwirksam sind. Der Richter, der einen solchen Fall zu entscheiden hat, muß also zwei Fragen beantworten. Er hat erstens zu prüfen, ob die betreffenden aGB für das Rechtsverhältnis überhaupt wirksam sind, und zweitens, ob der im Streit befindlichen Klausel die Wirksamkeit versagt werden muß.

Es wird aber der Standpunkt vertreten, daß diese doppelte Prüfung überflüssig sei: Wenn sich bei der zweiten Frage ergebe, daß ein Haftungsausschluß gegen eine gesetzliche Regelung verstoße, könne die erste Frage offen bleiben.

Nach dieser Ansicht muß der Richter sofort untersuchen, ob die Haftungsfreizeichnungen in den Fällen 1 und 3 wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 BGB nichtig sind<sup>1)</sup>. Im Fall 2 hat er zu prüfen, ob Freizeichnungsklauseln eng ausgelegt werden müssen, so daß das Verbot, ein Schuldanerkenntnis

---

1) Vgl. dazu etwa RGZ 102, 396 (397); 115, 218 (219); 143, 24 (28); RG JW 1931, 2721 f.

abzugeben, in der ersten Aufregung an der Unfallstelle mündlich abgegebene Erklärungen nicht erfaßt<sup>1)</sup>. Im Fall 4 hat er sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob hier die Pfandklausel durch einen entgegenstehenden Willen des Bankkunden außer Kraft gesetzt ist<sup>2)</sup>. Im Fall 5 muß der Richter schließlich erwägen, ob die fragliche Bestimmung gegen Art. 14 GG verstößt<sup>3)</sup>. Schließlich besteht noch die Möglichkeit, daß der plötzlich mit dem ihm bis dahin unbekannten Inhalt seiner Vereinbarung Konfrontierte seine Erklärung nach §§ 119 ff. BGB anfechten kann<sup>4)</sup>.

Solche Erwägungen haben dazu geführt, die Prüfung der Frage, ob ein Vertrag zu aGB abgeschlossen worden ist, zugunsten einer mehr und mehr "verfeinerten" Inhaltskontrolle zu vernachlässigen<sup>5)</sup>. So schreibt Raiser, indem er die Wege der Rechtsprechung bei der Inhaltskontrolle von aGB darstellt, daß die Gerichte der Aufnahme von aGB in die Einzelverträge "mit Recht" keine Hindernisse in den Weg gelegt, sie vielmehr erleichtert hätten<sup>6)</sup>.

---

1) OLG Düsseldorf VersR 1965, 433; allgemein zur Auslegung von Freizeichnungsklauseln RGZ 142, 353 (355 f.).

2) RGZ 126, 348 (350); OLG Karlsruhe ROLG 44, 247.

3) BGHZ 9, 390 (400); vgl. besonders die auf S. 395 wiedergegebene Argumentation des Amtsgerichts, das die Frage, ob die Versorgungsbedingungen für das Rechtsverhältnis der Eheleute zur Stadt wirksam geworden waren, offen ließ.

4) Vgl. dazu Erman-Hefermehl Anm. III 3 f und III 4 c vor § 145.

5) Über die verschiedenen Wege der Rechtsprechung unterrichtet die Schrift von Mroch; rechtsvergleichend Westermann NJW 1963, 1587 f.

6) Raiser, AGB S. 101; ähnlich OLG Celle NJW 1963, 351: Die aGB müßten im allgemeinen als rechtsverbindlich anerkannt werden, da sie den Bedürfnissen der modernen Zeit entsprächen.

Die soeben skizzierte Behandlung des Problems ist sachlich und methodisch verfehlt. Eine "Inhaltskontrolle" von aGB setzt voraus, daß diese - generell oder in einem Rechtsverhältnis - überhaupt wirksam werden können, was nur kraft eines Wirkungsgrundes möglich ist. Die Frage nach diesem Wirkungsgrund geht allen anderen voraus. Ihre Übergehung durch eine sekundäre, im Grunde rein pragmatische "Schutzkasuistik" ist verfehlt.

Durch eine Inhaltskontrolle von aGB einen "Schutz" des "schwächeren" Vertragsteils zu erreichen, ist zudem nur scheinbar besser. Theorien über den "Schutz" des Kunden durch Inhaltskontrollen lassen sich auf einen praktischen Fall nicht immer leicht anwenden. Das OLG Celle<sup>1)</sup>, das dem Beklagten "Schutz" gegen eine "mißbräuchliche Ausnutzung" versprach, billigt im Ergebnis den Gewährleistungsausschluß. Die Frage, ob ein völliger Haftungsausschluß durch die Möglichkeit, sich gegen Schäden zu versichern, gerechtfertigt sei, ist zunächst verneint<sup>2)</sup>, später aber bejaht<sup>3)</sup> worden. Die Rechtsprechung zur Pfandklausel der aGB der Banken ist nicht einheitlich<sup>4)</sup>, und die Banken bemühten sich, durch entsprechende Fassung ihrer aGB den vom Reichsgericht geäußerten Bedenken Rechnung zu tragen<sup>5)</sup>. Schließlich gehört hierher jener in der Rechtsprechung anerkannte Satz, daß die Nichtigkeit einer einzelnen Klausel der aGB die Wirksamkeit des sonstigen Vertragsinhaltes nicht berühre<sup>6)</sup>.

---

1) NJW 1963, 351.

2) RGZ 106, 386 (388).

3) BGHZ 33, 216 (220).

4) Vgl. RGZ 126, 348 (350) gegenüber KG ROLG 44, 246.

5) Vgl. dazu Koch, AGB der Banken S. 167.

6) Vgl. BGHZ 22, 90 (92 f.) mit weiteren Nachweisen.

Die Prüfung der Frage, ob aGB für ein Rechtsverhältnis wirksam geworden sind, ist auch nicht deshalb überflüssig, weil eine Anfechtung wegen Irrtums möglich ist. Erst wenn feststeht, was Inhalt eines Rechtsverhältnisses geworden ist, kann die Frage beantwortet werden, wer sich im Irrtum befand und daher möglicherweise anfechten kann<sup>1)</sup>. Daß diese Frage große praktische Bedeutung hat, zeigt schon die sich aus § 122 BGB für den Anfechtenden ergebende Pflicht zum Schadensersatz.

Wenn sofort Fragen der "Inhaltskontrolle" behandelt werden, so wird in Wahrheit die erste Frage<sup>2)</sup> nicht offen gelassen, sondern in einem bestimmten Sinne beantwortet. Wer sofort den Inhalt von aGB "kontrolliert", unterstellt nämlich deren Wirksamwerden, mißt also dem Vertrag der beiden Partner keine Bedeutung bei und entscheidet sich für eine normative Wirkung von aGB.

Die Frage, ob und auf welche Weise aGB für ein Rechtsverhältnis wirksam geworden sind, hat daher den sachlichen und methodischen Vorrang vor einer Inhaltskontrolle.

### III: Der Gegenstand der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit den in Rechtsprechung und Literatur zu der ersten Frage, also zu dem Problem, wie aGB für ein Rechtsverhältnis wirksam werden können, vertretenen Ansichten.

Dies bedingt, daß eine ganze Reihe von Fragen nicht behandelt werden kann.

---

1) Naegeli S. 24.

2) Vgl. oben S. 3.

1. Probleme des Inhalts von aGB, wie etwa Fragen der Sittenwidrigkeit und des gegen unsittliche aGB geführten Kampfes, scheiden aus. Probleme der Auslegung und der Revisibilität von aGB können nur insoweit behandelt werden, als sie zur Begründung bzw. Widerlegung der kritisch untersuchten Meinungen über das Wirksamwerden von aGB herangezogen werden.

2. Kartellrechtliche Fragen, die früher unter dem Einfluß der alliierten Dekartellisierungsgesetze<sup>1)</sup> entstanden und heute nach § 22 Abs. 3 GWB zu entscheiden sind<sup>2)</sup>, sind nicht zu untersuchen. Ob aGB gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften verstoßen, bestimmt sich nach ihrem Inhalt, hat also mit der Frage nach ihrem Wirksamwerden nichts zu tun.

3. Auf rechtssoziologischen Gebiet hat sich über aGB ein reiches Schrifttum entwickelt. An sich gehören soziologische Fragen nicht hierher, da die Lehren zum Wirksamwerden von aGB ein rechtsdogmatisches Problem behandeln, das nur dogmatisch zu beantworten ist. Da aber - wie unten<sup>3)</sup> näher zu zeigen sein wird - rechtsdogmatische und rechtssoziologische Argumentationsweise bei verschiedenen Autoren nicht getrennt sind, muß bei der Auseinandersetzung mit diesen Ansichten auf rechtssoziologische Äußerungen eingegangen werden.

4. Auch volks- und betriebswirtschaftliche Fragen werden nicht behandelt. Dazu gehört vor allem das Problem der wirtschaftlichen Notwendigkeit von aGB,

---

1) MRVO Nr. 78 Brit. Zone, Gesetz Nr. 56 US-Zone, MRVO Nr. 96 Franz. Zone; Fundstellen in § 109 GWB.

2) Schrifttum hierzu: für das alte Recht Würdinger MDR 1952, 129 ff., für das geltende Recht Bartholomeyczik bei Müller-Henneberg-Schwartz § 22 Anm. 97 ff.

3) Vgl. S. 42 ff; 67; 109.

die nicht nur von Interessentenkreisen, sondern allgemein<sup>1)</sup> anerkannt wird. Ebenso wird den Gründen, die zur Verwendung von aGB geführt haben<sup>2)</sup>, nicht nachgegangen.

## § 2: Begriffsbestimmungen

### I: Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen

Unter allgemeinen Geschäftsbedingungen werden die allgemeinen Regelungen verstanden, die dazu bestimmt sind, Inhalt der Verträge zu werden, die ein Kaufmann im Rahmen seines Handelsgeschäftes abschließt, und deren Wortlaut im voraus ohne Rücksicht auf einen besonderen einzelnen Vertrag in gedruckter Form festgelegt ist<sup>3)</sup>.

Bei aGB werden unterschieden<sup>4)</sup>: Unternehmerbedingungen, die ein Unternehmer allein aufgestellt hat, und Verbandsbedingungen, deren Abfassung durch einen Verband, etwa den Verein Deutscher Spediteure, erfolgt ist. Ein Sonderfall der Verbandsbedingungen sind die sog. "ausgehandelten" aGB, die in Verhand-

---

1) v. Brunn S. 25; Fischer BB 1957, 481; Krause BB 1955, 265.

2) Raiser, AGB S. 19ff. nennt Rationalisierung und Machtverstärkung als die Haupttendenzen; ähnlich ders. in Streitgespräch E 24; vgl. ferner Dilcher NJW 1960, 1042; Droste S. 1; Hildebrandt AcP 143, 327 f.

3) Hamelbeck S. 5; Michel S. 1; Mayerhofer S. 8. Das Formular, das den Entwurf für einen Einzelvertrag darstellt, ähnelt den aGB. Die Rechtsprechung (RGZ 134, 82 (83); RG JW 1934, 2761) sieht Formulare im Gegensatz zu aGB nicht als revisibel an, weil hierin einzelnes Geschäft vorliege, auch wenn der Wortlaut des Formulars einem weitverbreiteten Formularbuch entnommen sei.

4) Mayerhofer S. 9 f.; Hamelbeck S. 6.

lungen verschiedener Wirtschaftsverbände entstanden sind. Kundenbedingungen liegen dann vor, wenn ein Unternehmer Einkaufsbedingungen aufgestellt hat. Schließlich spricht Hamelbeck<sup>1)</sup> von Behördenbedingungen, wenn eine Behörde an der Abfassung bestimmter AGB mitgewirkt hat.

Es besteht Einigkeit darüber, daß die Geschäfts-"bedingungen" keine künftigen, ungewissen Ereignisse im Sinne der §§ 158 ff. BGB sind<sup>2)</sup>. Unter "Bedingungen" werden vielmehr diejenigen Klauseln verstanden, welche die Art und Weise der Leistung regeln sollen. Der Leistungsinhalt wird dagegen durch die "besondere" Abrede und nur ausnahmsweise durch AGB bestimmt. So gibt etwa der Prämientarif einer Versicherungsgesellschaft die Gegenleistung des Versicherungsnehmers an.

Nach einigen Autoren<sup>3)</sup> soll das Wort "Bedingung" so zu verstehen sein, daß der Kaufmann zu einem Abschluß nur bereit sei, wenn seine AGB dem Vertrag zugrunde gelegt würden. Einen solchen Willen muß der Kaufmann aber nicht immer haben. Im übrigen begründen Rechtsprechung<sup>4)</sup> und Lehre<sup>5)</sup> ihre Ansicht, daß trotz Nichtigkeit einer in AGB enthaltenen Klausel der Vertrag wirksam bleibe, gerade damit, daß der Kaufmann den Abschluß des Geschäfts und nicht die Vereinbarung von AGB wolle, weswegen § 139 BGB nicht anwendbar sei. Mit dieser Meinung ist die Auffassung unvereinbar, daß der Kaufmann das Rechtsgeschäft von der wirksamen Vereinbarung von AGB abhängig macht.

---

1) S. 7.

2) Senckpiehl S. 13; Graul S. 12.

3) Graul S. 13; Haus S. 1; Senckpiehl S. 14.

4) Vgl. etwa BGHZ 22, 90 (93) mit Nachweisen.

5) Bobrowski S. 39; Sebba S. 15.

AGB werden für alle denkbaren Arten von Geschäften aufgestellt. Es geht nicht an, von aGB nur bei beiderseitigen Handelsgeschäften zu sprechen<sup>1)</sup>. Zwar kommen aGB bei diesen Geschäften besonders häufig vor; ein Kaufmann schließt aber auch Verträge mit Nichtkaufleuten. In manchen Branchen des Dienstleistungsgewerbes werden sogar fast ausschließlich Verträge mit Nichtkaufleuten geschlossen<sup>2)</sup>.

Clauß<sup>3)</sup> will in Parallele zu § 549 ZPO von "allgemeinen" Geschäftsbedingungen nur dann sprechen, wenn ihr Anwendungsbereich über einen OLG-Bezirk hinausgeht. Diese Einschränkung ist sachlich nicht gerechtfertigt, da hierdurch ein prozeßrechtlicher Tatbestand zur Bildung eines materiellrechtlichen Begriffes verwendet wird.

## II: "Kaufmann"

Mit dem Begriff "Kaufmann" ist im folgenden die Person gemeint, die aGB vereinbaren will<sup>4)</sup>. Entscheidend ist nicht, wer aGB aufgestellt hat; es kommt vielmehr darauf an, von wem aGB in einen Vertrag eingeführt werden.

"Kaufmann" soll also derjenige sein, dem es gelungen ist, seine aGB dem Vertrag zugrunde zu legen. Das ist nicht immer der "Verkäufer" im Sinne von § 433 BGB. Großen Unternehmen gelingt es vielfach,

---

1) Dies tut Graul S. 12, allerdings wohl durch den Titel seiner Arbeit bedingt.

2) Man denke etwa an Wäschereien und chemische Reinigungen.

3) MDR 1959, 165.

4) Ähnlich Haus S. 3 und Raiser, AGB S. 19, die allerdings statt "Kaufmann" "Unternehmer" formulieren.

ihre Einkaufsbedingungen gegenüber den Lieferungsbedingungen ihrer Lieferanten durchzusetzen<sup>1)</sup>. Auch in diesem Falle werden sie hier als "Kaufmann" bezeichnet.

### III: "Kunde"

Unter "Kunde" wird im folgenden derjenige Vertragspartner verstanden, dem gegenüber aGB wirken<sup>2)</sup>. Auch hier sei darauf hingewiesen, daß "Kunde" nicht mit "Käufer" identisch ist, ganz abgesehen davon, daß nicht nur Kauf-, sondern auch Werk- und andere Verträge zu aGB abgeschlossen werden. Der "Kunde" ist auch nicht notwendig Nichtkaufmann; das wird ohne weiteres klar, wenn man sich die große Zahl von Verträgen vergegenwärtigt, die zwischen Industrie und Großhandel sowie zwischen Groß- und Einzelhandel unter Zugrundelegung von aGB abgeschlossen werden.

## § 3: Gang und Methode der Untersuchung

### I: Ausgangspunkt

Die Frage, wie aGB für ein einzelnes Rechtsverhältnis wirksam werden, ist im Gesetz nicht entschieden. Im BGB ist von aGB nicht die Rede; die einzige Vorschrift, die sich mit einer ähnlichen Erscheinung befaßt, nämlich § 701 Abs. 3, wonach ein einseitig-

---

1) Einen Überblick über die verschiedenen aGB verschaffen die nach Verkaufs- und Einkaufsbedingungen gegliederten Sammlungen von Müllereisert und Heidland.

2) Ebenso Haus S. 4. Auch Raiser, AGB S. 19 N. 1 verwendet das Wort "Kunde" im Gegensatz zu "Unternehmer".

ger Anschlag die Gastwirthschaftung nicht mildern konnte, wurde durch Gesetz vom 24.3.1966<sup>1)</sup> aufgehoben. Dieses Schweigen des Gesetzgebers ist angesichts der großen wirtschaftlichen Bedeutung von aGB erstaunlich.

Der Staat hat sich zwar aGB nutzbar gemacht. So ist etwa die Eisenbahnverkehrsordnung auf der Grundlage der alten Eisenbahnbetriebsreglements entstanden<sup>2)</sup>. Auch sonst werden aGB in Gesetzen erwähnt; so etwa in §§ 6 Abs. 1 EVO, 5 und 10 VAG, 7 EWG<sup>3)</sup>. Aus diesen Vorschriften ergibt sich aber nicht, wie aGB für ein einzelnes Rechtsverhältnis wirksam werden.

## II: Die verschiedenen Gruppen der Lehren zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen

Bei der Beantwortung der Frage, wie aGB für ein Rechtsverhältnis wirksam werden, haben sich drei verschiedene Grundauffassungen herausgebildet. Die erste nimmt an, daß aGB wie gesetzliche Regelungen wirken. Diese Gruppe wird im folgenden als die der "normativen Lehren" bezeichnet. Die zweite Gruppe verlangt für das Wirksamwerden von aGB einen Vertrag; die in ihr zusammengefaßten Lehren werden die "vertraglichen" genannt. Schließlich werden Auffassungen vertreten, die weder aGB als gesetzliche Regelungen ansehen noch für ihr Wirksamwerden einen Vertrag verlangen; dies sind die im folgenden sog. "vermittelnden Theorien".

---

1) BGBl. I, S. 181.

2) Zur Entwicklung vgl. Weirauch Heinze Einl. 2; Düringer-Hachenburg-Bing § 454 Anm. 1; Ratz in RGRK-HGB Anm. 1 vor § 453; ROHG 19, 184 (185).

3) Energiewirtschaftsgesetz vom 13.12.1935 (RGBl. I, S. 1451 ff.).

### III: Die Reihenfolge der Untersuchung

Die Arbeit wird zunächst einen Überblick darüber geben, in welcher geschichtlichen Folge die verschiedenen Lehren vertreten wurden. Daran schließt sich die dogmatische Untersuchung der einzelnen Auffassungen an. Dabei müssen die "normativen Lehren" vor den "vertraglichen" gewürdigt werden. Stellt sich nämlich heraus, daß aGB zwingende gesetzliche Regelungen sind, so ist damit zugleich gesagt, daß sie weder abgeändert noch vereinbart werden können. Sie wirken dann für ein Rechtsverhältnis, ohne daß es einer Vereinbarung der an ihm beteiligten Personen bedarf. "Vermittelnde Theorien" können endlich erst dann dargestellt und untersucht werden, wenn die beiden Grundauffassungen feststehen, zwischen denen sie vermitteln.

### IV: Die Methode der Untersuchung

Da die Lehren zum Wirksamwerden von aGB ein dogmatisches Problem behandeln, können sie nur richtig sein, wenn sie dogmatisch zutreffend begründet sind. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob sie soziologisch gesehen haltbar, wirtschaftlich sinnvoll oder rechtspolitisch wünschenswert sind.

## Zweites Kapitel

Analyse und dogmatische Kritik der in Lehre und Rechtsprechung zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen vertretenen Auffassungen

### 1. Teil: Geschichtlicher Überblick

#### § 4: Geschichte der Lehren von der Wirkung allgemeiner Geschäftsbedingungen

##### I: Die Lehren zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen vor 1900

1. Eine der ersten umfassenden Abhandlungen über das Wirksamwerden von AGB stammt von L. Goldschmidt aus dem Jahre 1861<sup>1)</sup>. Sie befaßt sich mit den Eisenbahnbetriebsreglements. Es ist deshalb notwendig, zunächst kurz das damals geltende Eisenbahnrecht zu schildern.

Während in den übrigen deutschen Staaten für den Eisenbahntransport die Regeln des gemeinen Rechts, also der locatio conductio operis, maßgebend waren<sup>2)</sup>, hatte Preußen das Eisenbahnrecht gesetzlich geregelt<sup>3)</sup>. Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf die Darstellung dieses Gesetzes.

Das preußische Eisenbahngesetz regelte fast ausschließlich Fragen des öffentlichen Rechts, so etwa die Konzessionierung, die Anlage der Strecken, die Verleihung des "Expropriationsrechts" an die Gesellschaften und die Ausübung der Bahnpolizei. Die einzelnen Strecken wurden von Eisenbahngesell-

---

1) ZHR 4, 569 ff.

2) Goldschmidt aaO. S. 570.

3) Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen vom 3.11. 1838, GS S. 505 ff.

schaften betrieben, die Vereinigungen des privaten Rechts waren. § 2 aaO. ging stillschweigend davon aus, daß es sich um Aktiengesellschaften handelte; die Zeichnung der Aktien und die Verpflichtungen der Zeichner waren eingehend geregelt. Zur Aufnahme des Geschäftsbetriebes bedurfte die Gesellschaft einer Genehmigung, die nach § 5 aaO. das Handelsministerium erteilte. Durch die Genehmigung erhielt die Gesellschaft das Recht, die Preise nach ihrem Ermessen festzusetzen, sowie ein zunächst auf drei Jahre befristetes Monopol für die betreffende Strecke, § 26 aaO.

Die Haftung der Bahn war in § 25 aaO. geregelt; sie konnte aber durch Parteivereinbarung abgeändert werden; auch das gemeine Recht galt nur, soweit die Vertragspartner nichts anderes vereinbart hatten<sup>1)</sup>. Die Eisenbahngesellschaften versuchten nun, durch ihre Betriebsreglements die Haftung und andere mit dem Transport zusammenhängende Fragen zu regeln.

Goldschmidt befaßte sich zunächst<sup>2)</sup> mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen die einseitige Aufstellung von Reglements durch eine Eisenbahngesellschaft "gültig" war. Er kam zu dem Ergebnis, daß in dem Falle, in dem der Staat durch Gesetz, Verwaltungsvorschrift oder in der Konzessionsurkunde sich die Genehmigung des Reglements vorbehalten hatte, das Reglement "gültig" war, wenn die Genehmigung vorlag<sup>3)</sup>. Bestand kein solcher Vorbehalt, so folgte für Goldschmidt die "Gültigkeit" des Reglements aus der Privatautonomie der Unternehmer<sup>4)</sup>, die sich daraus ergab, daß der Staat den Eisenbahnbetrieb Privaten überlassen hatte.

---

1) Goldschmidt aaO. S. 579 f.

2) Goldschmidt aaO. S. 585 und S. 588 ff.

3) Goldschmidt aaO. S. 588 f.

4) Goldschmidt aaO. S. 589.

Als nächstes fragte Goldschmidt danach, wann die Reglements im einzelnen Rechtsverhältnis wirksam wurden. Sie waren für ihn<sup>1)</sup> keine Gesetze; vielmehr erklärte die Verwaltung darin nur, was in einem künftigen Vertrag "lex contractus" sein sollte. Daraus schloß er, daß die Reglements auch keine "Vertragspropositionen" waren und daß der Vertrag erst dadurch zustande kam, daß der Beamte der Eisenbahngesellschaft den vom "Transportaten" gestellten Antrag annahm.

Goldschmidt untersuchte nun, wann der Antrag des "Transportaten" "in Gemäßheit des Reglements" abgegeben wurde<sup>2)</sup>. Er prüfte diese Frage zunächst bei der Frachtgutbeförderung. Hier wurde nach seiner Ansicht der Antrag nur dann "in Gemäßheit des Reglements" gestellt, wenn der "Transportat" nicht in der Lage war, sein eigenes Reglement für den Transport von Waren gegenüber der Eisenbahngesellschaft durchzusetzen. Dies war aber in der Regel der Fall<sup>3)</sup>, weil die Eisenbahnunternehmungen wirtschaftlich mächtiger als die Auftraggeber waren.

In der Frage des Wirksamwerdens der Reglements im einzelnen Rechtsverhältnis hatten sich das bis dahin erschienene Schrifttum<sup>4)</sup> und die Rechtsprechung<sup>5)</sup> damit begnügt, daß solche Reglements öffentlich bekanntgemacht waren, wobei die Wirksamkeit im einzelnen Rechtsverhältnis mit formelhaften Wendungen wie "stillschweigende Unterwerfung", "stillschweigende Verabredung", "lex contractus", "Grund-

---

1) Goldschmidt aaO. S. 594.

2) Goldschmidt aaO. S. 594 ff.

3) Goldschmidt aaO. S. 584.

4) Vgl. die Nachweise bei Goldschmidt aaO. S. 586 in N. 10.

5) OAG Wolfenbüttel vom 26.10.1849, SeuffA 7, Nr. 172; OAG Dresden aus 1851, SeuffA 6, Nr. 58.

lage des Rechtsverhältnisses" und "die Unkenntnis des Reglements ist unentschuldbar" begründet wurde.

Damit begnügte sich Goldschmidt nicht, sondern prüfte, was als "gehörige Veröffentlichung" anzusehen war<sup>1)</sup>. Diese Frage zu stellen, hielt er beim Güterverkehr für überflüssig, weil der vom Absender unterschriebene Frachtbrief einen Hinweis auf das Reglement oder "gar einen Auszug" daraus enthielt<sup>2)</sup>. Hier machte also nach Ansicht Goldschmidts der "Transportat" durch Einreichen des ausgefüllten und unterzeichneten Frachtbriefes ohne weiteres das Angebot "in Gemäßheit des Reglements". Daraus folgte Goldschmidt weiter, daß der Absender sich nicht auf seine Unkenntnis des Reglements berufen könne, weil der Frachtbrief eine von ihm ausgehende Urkunde sei, deren Unkenntnis dem Absender nicht abgenommen werden könne<sup>3)</sup>.

Goldschmidt untersuchte nun<sup>4)</sup>, wann bei der Personen- und Reisegepäckbeförderung der Antrag "in Gemäßheit des Reglements" gestellt wurde. Die widerspruchslose Annahme der Fahrkarte hielt er nicht für ausreichend, weil diese erst nach Vertragsschluß übergeben wurde und außerdem kaum jemals auf das Reglement verwies.

Die Frage, wann der Einwand der Unkenntnis des Reglements unbeachtlich war, beantwortete Goldschmidt unterschiedlich. Die der "Natur" des Eisenbahnbetriebes "entsprechende(n) Vorschriften", also z. B. Bestimmungen über den Zeitpunkt der Fahrkartenausgabe und über die Aufgabe des Reisegepäckes, sah

---

1) Goldschmidt aaO. S. 595 ff.

2) Goldschmidt aaO. S. 595.

3) OAG Darmstadt vom 14.5.1855, SeuffA 10, Nr. 199, dem Goldschmidt aaO. S. 596 offenbar zustimmt.

4) aaO. S. 597 ff.

Goldschmidt mit der Begründung als wirksam an, daß "nach diesen Normen ... sich ein Jeder ... zu erkundigen"<sup>1)</sup> habe, weil sie dem üblichen Geschäftsverfahren entsprächen.

Diejenigen Bestimmungen, die eine Modifizierung des geltenden Rechts darstellten<sup>2)</sup>, waren nach Ansicht Goldschmidts nicht selbstverständlich. Hier verlangte er eine Bekanntmachung in einer Weise, die jeden aus dem Publikum vor Vertragsabschluß in die Lage versetzte, sich über den Inhalt des Reglements zu unterrichten. Dann allerdings konnte von ihm dessen Kenntnis erwartet werden<sup>3)</sup>. Als solche Bekanntmachungen sah Goldschmidt etwa den Aushang an der Kasse an, dagegen hielt er die Veröffentlichung in Zeitungen, selbst im gesamten von der Bahn befahrenen Bezirk, nicht für ausreichend<sup>4)</sup>.

Die Ausführungen Goldschmidts lassen sich in folgenden Sätzen zusammenfassen, die auch in der Folgezeit von Bedeutung waren und sich bis heute verfolgen lassen:

a. Die Privatautonomie berechtigt den "Kaufmann" zur Aufstellung von Reglements = aGB.

b. Der "Kaufmann" kann durch die Abfassung von aGB den "Kunden" zu einer Erklärung veranlassen, die dieser sonst nicht abgegeben hätte.

c. Es reicht aus, wenn der "Kunde" nur einen Hinweis auf das Reglement unterzeichnet hat. Der volle Inhalt des Reglements braucht ihm nicht bekannt zu sein. Geht das Angebot von ihm aus, so muß er sich

---

1) Goldschmidt aaO. S. 599.

2) Goldschmidt aaO. S. 600.

3) Goldschmidt aaO.

4) Goldschmidt aaO. S. 602.

über seine Erklärung klar sein. Er muß sich notfalls erkundigen, falls ihn - wie bei "selbstverständlichen Bedingungen" - eine Pflicht dazu trifft. Eine "gehörige Veröffentlichung" führt dazu, daß der "Kunde" das Reglement kennen muß.

d. Das Kennenmüssen steht dem Kennen gleich.

e. Der "Kunde" hat meistens nicht die wirtschaftliche Macht, sich gegen den "Kaufmann" durchzusetzen.

f. Es kann daher von einer "Unterwerfung" des "Kunden" gesprochen werden.

2. Kurz nach dem Erscheinen des Goldschmidtschen Aufsatzes wurde das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) durch Simultangesetzgebung eingeführt<sup>1)</sup>. Das ADHGB regelte in den Artikeln 423 ff., welche Bestimmungen des Frachtrechts "durch Reglements im voraus" abbedungen werden konnten und wie weit die Modifizierung gehen durfte. Hier waren also die Reglements zum ersten Male in einem Gesetz mit ihrem möglichen Inhalt erwähnt.

Dieser Umstand veranlaßte das Handelsgericht Frankenthal zu folgenden Erwägungen<sup>2)</sup>: Da nach den Artikeln 423 ff. ADHGB die Eisenbahnen befugt seien, Reglements aufzustellen, sei es auch allgemein bekannt, daß solche Betriebsordnungen bestünden. Jeder, der mit der Eisenbahn kontrahiere, müsse daher wissen, unter welchen Bedingungen die Eisenbahn abschließe. Wenn er sich also um die Bedingungen nicht kümmere, begehe er eine grobe Nachlässigkeit, die eine Entschuldigung wegen Nichtwissens ausschließe.

---

1) Vgl. etwa in Preußen das Einführungsgesetz zum ADHGB vom 24.6.1861, GS S. 449 ff.

2) Urteil vom 28.2.1867, ZHR 12, 599.

Damit ist eine Weiterentwicklung eingetreten: Goldschmidt hatte die Unkenntnis des "Kunden" nur dann für unbeachtlich erklärt, wenn es sich um Bestimmungen handelte, welche die Vernunft aus "der Natur des Eisenbahnbetriebes" folgern mußte. Dagegen forderte er für diejenigen Bestimmungen, die das geltende Recht zugunsten des "Kaufmanns" abänderten, eine Form der Bekanntgabe, die jeden "Kunden" darauf hinwies, daß besondere Bestimmungen aufgestellt worden waren, und ihn in die Lage versetzte, sich darüber zu unterrichten. Das Handelsgericht Frankenthal schloß dagegen daraus, daß das Gesetz die Aufstellung von "Reglements" mit bestimmtem Inhalt zuließ, darauf, daß der "Kunde" den Inhalt des "Reglements" einer bestimmten Gesellschaft kennen mußte.

Einen vorläufigen Endpunkt in dieser Entwicklung bildete im Arbeitsrecht die Lehre von der Verbindlichkeit der Arbeitsordnungen<sup>1)</sup>. Das Arbeiterschutzgesetz vom 1. Juni 1891<sup>2)</sup> hatte in den §§ 134 a ff. GewO in Betrieben mit mehr als 20 Arbeitern den Erlass einer Arbeitsordnung obligatorisch gemacht. Dies wurde zur Begründung der Verbindlichkeit der Arbeitsordnungen in den einzelnen Arbeitsverhältnissen herangezogen: da der Erlass obligatorisch war, mußte jeder Arbeiter mit dem Bestehen einer Arbeitsordnung rechnen<sup>3)</sup>. Daß hier aus einer öffentlich-rechtlichen Regelung weitreichende Folgerungen für privatrechtliche Fragen gezogen wurden, ist in seiner Problematik nicht erkannt worden.

---

1) Auf die Verwandtschaft zwischen Arbeitsordnung und aGB weist Raiser - AGB S. 27 - hin; vgl. ferner Oertmann, Festschrift S. 12; Rehm Annalen 1894, 133.

2) RGBl. S. 261 ff.

3) Blankenstein AöR 13, 127.

Hier bahnte sich eine Argumentation an, die sich bis heute erhalten hat: der Schluß vom Kennen des Bestehens auf das Kennen des Inhalts von aGB. Konnte man noch mit einiger Berechtigung sagen, daß der "Kunde" das Bestehen kennen "mußte", so ließ sich dies auf die Kenntnis ihres Inhalts nicht übertragen. Trotzdem wurde diese Folgerung gezogen, so daß heute der Bundesgerichtshof<sup>1)</sup> feststellen kann, daß eine Unterwerfung unter aGB anzunehmen sei, wenn der "Kunde" wissen mußte, daß sein Vertragspartner aGB verwendet.

3. Das erste grundlegende Urteil des Reichsgerichts zur Frage der Wirksamkeit von aGB im einzelnen Rechtsverhältnis stammt vom 8. Dezember 1883<sup>2)</sup>. Es heißt dort, es sei "bei gewissen Geschäftsbranchen notorisch gebräuchlich, daß der Unternehmer im voraus öffentlich oder doch den beteiligten Geschäftsleuten ... die näheren Bestimmungen bekanntmacht, unter welchen er derartige Geschäfte abzuschließen bereit ist.... Die Empfänger einer solchen Mitteilung können dieselbe folglich nur dahin verstehen, daß die von ihnen mit dem Unternehmer innerhalb des betreffenden Geschäftskreises abzuschließenden Verträge als in Gemäßheit der im voraus aufgestellten Bestimmungen abgeschlossen gelten sollen, sofern nicht im einzelnen Falle hiervon abweichende Vereinbarungen getroffen sind. Schließen die Empfänger demnächst innerhalb des betreffenden Geschäftskreises Verträge mit dem Proponenten ab, so müssen sie also die ihnen in betreff des Inhalts solcher Geschäfte proponierten Bestimmungen als ihnen bekannte und von ihnen gewollte lex contractus gelten lassen ..."<sup>3)</sup>.

---

1) Vgl. statt aller BGHZ 9, 1 (Leitsatz).

2) RGZ 13, 68 ff.

3) RGZ 13, 68 (77).

Die Parteien des vom Reichsgericht entschiedenen Rechtsstreites waren offenbar beide Kaufleute, so daß sie nach Art. 279 ADHGB auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen hatten<sup>1)</sup>. Zu diesen Gewohnheiten gehörte nach Ansicht des Reichsgerichts, daß ein "Kaufmann" ihm zugehende Schreiben, die aGB enthielten, beachtete und bei einem späteren Vertragsschluß mit dem Absender Widerspruch erhob, wenn er nicht wollte, daß die aGB wirksam wurden. Nach der damals herrschenden Auffassung wurden Handelsbräuche im einzelnen Rechtsverhältnis nur wirksam, wenn die Parteien sie kannten oder sich ihnen ohne Kenntnis unterworfen hatten<sup>2)</sup>. In dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall hatte der Empfänger des Schreibens den aGB zwar nicht widersprochen, sie aber auch nicht gelesen, so daß er sie nicht kannte. Die Berufung auf diese Unkenntnis verwehrte ihm das Reichsgericht, indem es darauf hinwies, daß Treu und Glauben den Kaufmann verpflichteten, sich mit dem Inhalt ihm zugangener "Vertragspropositionen" vertraut zu machen.

## II: Die Lehren zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen von 1900 bis 1945

### 1. Die Lehren zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen bis zum Urteil des Reichsgerichts vom 31. Januar 1941

Die Vorschriften des am 1. Januar 1900 in Kraft getretenen Bürgerlichen Gesetzbuches über den Vertrag, die §§ 145 ff, enthalten für aGB keine besonderen Regelungen. Auch die Materialien zum BGB lassen

---

1) § 279 ADHGB entspricht dem heutigen § 346 HGB.

2) Vgl. dazu Oertmann S. 60 ff. (besonders S. 63).

nicht erkennen, daß für aGB Besonderheiten gelten sollen. Dieser Begriff wird in ihnen überhaupt nicht erwähnt; nur an einigen Stellen<sup>1)</sup> wird von der stillschweigenden Willenserklärung gesprochen. Daraus ist zu schließen, daß die zu aGB geschlossenen Verträge, was die Erfordernisse des Vertragsschlusses anbelangt, nicht anders behandelt werden sollen als sonstige Verträge. Trotzdem stellte die Rechtsprechung an die Vereinbarung von aGB immer geringere Anforderungen und erleichterte so ihr Wirksamwerden mehr und mehr<sup>2)</sup>.

Das Reichsgericht sah im Anschluß an die Motive zum BGB<sup>3)</sup> das "Wesen des Rechtsgeschäfts" darin, daß sich ein auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichteter Wille bzw. eine entsprechende Absicht betätigt. Demgegenüber hieß es in einem Urteil vom 26. Oktober 1921<sup>4)</sup>, das einen Rechtsstreit beendete, in dem die Wirksamkeit von aGB streitig war: "Allgemein bekannt ist, daß die Eisenbahnen, ... Banken usw. Bedingungen herauszugeben pflegen und diese ihren Abschlüssen zugrunde legen. Die Rechtsprechung hat anerkannt<sup>5)</sup>, daß solche allgemeinen Bedingungen in der Tat für die einzelnen Abschlüsse, selbst wenn sie dem Kunden ... nicht bekannt sind, maßgebend werden können, vorausgesetzt, daß sie ordnungsmäßig veröffentlicht worden sind und wohl auch, daß sie nicht solche Bestimmungen enthalten, die ... nicht üblich sind". Wenn dem "Kunden" aGB aber nicht

---

1) Mugdan I, S. 436 und 685.

2) Kost spricht S. 8 davon, daß für das Zustandekommen von Verträgen zu aGB "anerkanntermaßen" weniger Voraussetzungen in tatsächlicher Hinsicht zu erfüllen seien als bei anderen "Parteierklärungen".

3) RGZ 68, 322 (324); ähnlich RGZ 122, 138 (140).

4) RGZ 103, 84 (85 f.).

5) Hier kann nur die Rechtsprechung der Instanzgerichte gemeint sein, weil das Reichsgericht sich bis dahin noch nicht mit der Frage der Veröffentlichung von aGB zu befassen hatte.

bekannt zu sein brauchten, so könnte er die von den Motiven unter Billigung des Reichsgerichts für das "Wesen des Rechtsgeschäfts" geforderte Absicht zur Hervorbringung rechtlicher Wirkungen nicht haben. Das Reichsgericht ist also seiner eigenen Definition untreu geworden.

Dies war auch der Grund dafür, daß die Rechtsprechung nicht mehr untersuchte, ob aGB vereinbart wurden, sondern sich damit begnügte, mit bildhaften Ausdrücken das "Wesen" von aGB zu umschreiben. So hieß es schon im Jahre 1904<sup>1)</sup>, daß die "Kaufleute" in aGB zeigten, unter welchen Voraussetzungen sie ihre Geschäfte abschließen wollten; die aGB bildeten die "lex contractus" und seien "im Interesse einer Erleichterung des Geschäftsverkehrs im voraus und in typischer Weise" festgestellt. Ähnliche Wendungen wurden vielfach verwendet, so etwa "Auslegungsregel für den zukünftigen Vertragswillen"<sup>2)</sup>, "vertragsmäßige Normen"<sup>3)</sup>, "Vertragsgrundlage"<sup>4)</sup>, Festlegung der "Vertragsgrundsätze" künftiger Geschäfte<sup>5)</sup>.

Im weiteren Verlauf nahm die Rechtsprechung an, daß aGB im einzelnen Rechtsverhältnis wirksam wurden, wenn der "Kunde" mit ihnen "rechnen mußte". Dieses "Rechnenmüssen" wurde bejaht, wenn der Betrieb des "Kaufmanns" so groß war, daß das Publikum das Bestehen von aGB annehmen mußte, und wenn er einer Branche angehörte, in der aGB allgemein verwendet wurden; die aGB durften schließlich "nicht unüblich" und

---

1) RGZ 58, 151 (155).

2) RGZ 84, 1 (3).

3) RGZ 101, 84 (86).

4) RGZ 157, 67 (70).

5) RG BankA 9, 317.

mußten "ordnungsmäßig" veröffentlicht sein<sup>1)</sup>.

Von diesen Grundsätzen abweichende Urteile, die eine besondere Kundgabe der aGB an den "Kunden"<sup>2)</sup> oder dessen positive Kenntnis<sup>3)</sup> verlangten, haben keine Bedeutung, da sie teils vereinzelt blieben, teils im Instanzenzug aufgehoben wurden.

Zu dieser Entwicklung mag die Rechtsprechung<sup>4)</sup> zum preußischen Stempelsteuergesetz<sup>5)</sup> beigetragen haben. Es ging dabei um die Frage, ob eine Stempelpflicht schon dann entstand, wenn die Banken ihre aGB unabhängig von einem einzelnen Bankgeschäft an ihre "Kunden" sandten und diese den Empfang bestätigten. Das war dann der Fall, wenn schon hierin ein selbständiger Vertrag zu finden war. Die Banken versuchten nun, die "Empfangsbestätigungen" so zu fassen, daß keine Steuer zu entrichten war. Die Rechtsprechung

- 
- 1) Aus der fast unübersehbaren Rechtsprechung vgl. außer den schon Zitierten: RGZ 111, 310 (311); RG SächsABR 1898, 119 (120); RG BankA 28, 203 (204); RG JW 1931, 1958; RG JW 1937, 298 Nr. 2; KG ROLG 14, 371 f.; Hans.OblG HansRGZ 1928, B, 630 (638); dasselbe HansRGZ 1929, B, 407 (410); OLG Hamburg BankA 9, 203; dasselbe ROLG 35, 308; dasselbe ROLG 37, 51; dasselbe ROLG 45, 159; OLG Düsseldorf JW 1926, 609 Nr. 8; OLG Königsberg JW 1930, 1983 Nr. 9.
  - 2) RGZ 66, 39 (40); OLG Karlsruhe DJZ 1907, 974 f.; OLG Hamburg LZ 1915, 860 sowie dasselbe HansGZ 1920, 83 und ROLG 32, 172.
  - 3) RG Gruchot 64, 341 (342); OLG München LZ 1925, 272.
  - 4) Vgl. etwa RGZ 84, 1 ff.; RGZ 105, 289 ff.; RFH BankA 34, 112; Zusammenfassung bei Rospatt BankA 32, 493.
  - 5) Gesetz vom 31.7.1895, GS S. 413 ff.; neugefaßt durch Gesetz vom 26.6.1909, GS S. 495 ff.

sah daraufhin Zusendung und Bestätigung nicht als selbständigen Vertrag an. Da der "Kunde" die aGB aber erhalten hatte, mußte er mit ihnen im Sinne der oben<sup>1)</sup> dargestellten Rechtsprechung "rechnen", wenn er demnächst ein einzelnes Bankgeschäft tätigte. Damit hatten die aGB für die einzelnen Rechtsverhältnisse der Banken zu den "Kunden" schon Bedeutung erlangt, bevor ein Vertrag geschlossen worden war. Das konnte auf die Rechtsprechung zum Wirksamwerden von aGB auch anderer Branchen nicht ohne Auswirkung bleiben.

Die Entwicklung läßt sich folgendermaßen zusammenfassen: Goldschmidt<sup>2)</sup> hatte nur bei den der "Natur" des Eisenbahnbetriebs entsprechenden Regelungen, also nur bei Klauseln technischer Art, angenommen, daß sie ohne weiteres wirksam wurden. Das Handelsgericht Frankenthal<sup>3)</sup> hatte diese Einschränkung aufgegeben und ein Kennenmüssen des Bestehens von aGB schlechthin angenommen, weil die Reglements in einem Gesetz, nämlich den Artikeln 423 ff. ADHGB, erwähnt worden waren. Nunmehr ging die Rechtsprechung unter Führung des Reichsgerichts noch einen Schritt weiter, indem sie das Kennenmüssen aus einem bloßen "faktischen Zustand" - Art und Größe des Betriebes des "Kaufmanns", der aGB verwendete, - herleitete.

Wer das Bestehen von aGB kennen mußte, brauchte aber deren Inhalt noch nicht zu kennen, so daß aus jenem Kennenmüssen noch keine Kenntnis des Inhalts seiner Willenserklärung folgte. Unter der "Tarnkappe" des Vertragsschlusses wurde also das Wirksamwerden von aGB mehr und mehr aus nichtvertraglichen Umständen hergeleitet; eine Willenserklärung des "Kunden" wurde

---

1) Vgl. S. 24.

2) ZHR 4, 599.

3) ZHR 12, 599.

in Wahrheit fingiert<sup>1)</sup>. Diesen Umstand zog Rühl<sup>2)</sup> zur Begründung seiner "normativen Lehre" zum Wirksamwerden von aGB heran. Nach Hallstein<sup>3)</sup> sah die Rechtsprechung nicht, wie dadurch, daß sie eine Willenserklärung des "Kunden " praktisch unterstellte, das Privatrecht zurückgedrängt wurde.

2. Das Urteil des Reichsgerichts vom 31. Januar 1941 und die Rechtsprechung des Reichsgerichts danach bis 1945

In dem Urteil vom 31. Januar 1941<sup>4)</sup> bezeichnete das Reichsgericht aGB als "fertig bereitliegende Rechtsordnung", die "kaum noch" vertraglich vereinbart werde, der die Parteien sich vielmehr "unterwürfen". Da aber schon bisher ein Vertragsschluß vielfach fingiert wurde, blieben die Ergebnisse der Rechtsprechung gleich.

Das Urteil wurde im Schrifttum als Begründung einer "normativen Lehre" zum Wirksamwerden von aGB gebiligt<sup>5)</sup>. Vereinzelte ablehnende Stimmen<sup>6)</sup> wurden kaum beachtet. Das Reichsgericht hat seine Auffassung später wiederholt bestätigt und daran bis 1945 festgehalten<sup>7)</sup>.

---

1) Bernhardt DR 1942, 1172; Meeske BB 1959, 857.

2) Vgl. dazu unten S. 46.

3) ZStW 102, 535 f.

4) RG DR 1941, 1210 ff.

5) Vgl. vor allem Bernhardt DR 1942, 1172 f.; Billes DGWR 1941, 122 und ZZP 62, 4; Herschel DR 1941, 1727 und DR 1942, 753 ff. passim und ähnlich früher schon DR 1941, 55; Kersting DR 1941, 1215; Siebert DR 1941, 1932.

6) Müllereisert DGWR 1942, 112 und früher schon DRpfl 1936, 139; Pagenstecher S. 39 N. 12 und S. 139.

7) RGZ 170, 233 (240); RGZ 171, 43 (48); das Urteil RG DR 1941, 1726 f. läßt die Einstellung des RG nicht erkennen.

### III: Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen nach 1945

#### 1. Anknüpfung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Nach dem Kriege bestand das Reichsgericht nicht mehr. Die Instanzengerichte knüpften an seine Rechtsprechung an<sup>1)</sup> und behandelten aGB als "Rechtsordnung".

Die Urteile hatten in großer Zahl Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, in denen es um die Wirksamkeit der ADSp ging, die durch eine Anordnung des Reichsverkehrsministers vom 29. Dezember 1939 für allgemeinverbindlich erklärt worden waren<sup>2)</sup>.

Einige Gerichte<sup>3)</sup> begründeten mit diesem Umstand, daß die ADSp eine "Rechtsordnung" darstellten. Andere leiteten die Wirksamkeit der ADSp daraus ab, daß der "Kunde" sich ihnen stillschweigend unterwerfe, weil er mit ihnen bei einem Vertragsabschluß rechne<sup>4)</sup> bzw. rechnen müsse<sup>5)</sup>. Wieder andere begründeten die Wirksamkeit der ADSp damit, daß sie Handelsbrauch seien<sup>6)</sup>.

---

1) Vgl. etwa OLG Hamm MDR 1947, 263 f.; Schlesw.Holst. OLG MDR 1950, 548 f.; LG München VRS 5, 346 f.

2) Über die Bedeutung dieser Anordnung vgl. unten S. 114 f.

3) Vgl. etwa OLG Dresden VRS 1, 78; OLG Hamburg VRS 1, 76; LG Kiel VRS 1, 310.

4) LG Hannover VRS 2, 153 (154) und VRS 2, 155.

5) LG Osnabrück Nds.Rpfl. 1947, 12; dieses Urteil nimmt die Rechtsprechung von vor 1941 in vollem Umfang wieder auf; vgl. auch OLG Hamburg VRS 1, 143 (144); LG Hagen VRS 4, 305.

6) LG Nürnberg-Fürth NJW 1951, 805; Berliner Richterverein JR 1952, 239 Leitsatz 8.

Neue Wege, das Wirksamwerden der ADSP zu begründen, beschritt das Kammergericht<sup>1)</sup>, indem es ausführte: "Für die Annahme des normativen Charakters ist nicht entscheidend, ob jene Bedingungen allgemeinverbindlich ... sind, sondern allein die Zweckbestimmung der einheitlichen, einen größeren Kreis betreffenden Regelung einheitlicher Tatbestände." Wegen dieser "Zweckbestimmung" verzichtete das Kammergericht sogar auf eine Unterwerfung des "Kunden" unter die aGB. Diese Auffassung war vorher durch Ausführungen von Hamann<sup>2)</sup> vorbereitet worden und wurde später von anderen Gerichten<sup>3)</sup> übernommen.

Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone übernahm in mehreren Urteilen<sup>4)</sup> die Rechtsprechung des Reichsgerichts, wobei er teilweise wörtlich dessen Ausdrücke gebrauchte.

## 2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

In dem Urteil vom 19. Januar 1951<sup>5)</sup> zitierte der Bundesgerichtshof wörtlich die Ausführungen des Reichsgerichts, die dieses in seinem Urteil vom 31. Januar 1941 zur "fertig bereitliegenden Rechtsordnung" gemacht hatte. Die Zitierung des Urteils des Kammer-

---

1) KG MDR 1950, 286 ff.; das Urteil muß auch für sonstige Arten von aGB gelten, da die Allgemeinverbindlicherklärung der ADSP bewußt außer acht gelassen wird.

2) MDR 1949, 210.

3) OLG Freiburg JZ 1951, 223 (225); OLG Hamburg DB 1951, 977 (978); Schlesw.Holst. OLG MDR 1950, 548 f.; ebenso Krien JR 1950, 601; ablehnend Raiser SJZ 1950, 669.

4) OGHZ 2, 298 (299); OGH NJW 1949, 905 sowie NJW 1950, 345 und NJW 1950, 544; ebenso LG Göttingen Nds.Rpfl. 1950, 110.

5) BGHZ 1, 83 (86).

gerichts<sup>1)</sup> schien anzudeuten, daß der Bundesgerichtshof auf die vom Reichsgericht immer noch geforderte Unterwerfungserklärung des "Kunden" verzichten wollte. Außerdem sollte es nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht darauf ankommen, ob der "Kunde" mit solchen Bestimmungen rechnen mußte. Dieses Urteil wurde so verstanden, als ob der Bundesgerichtshof sich den "normativen Lehren" zum Wirksamwerden von AGB angeschlossen hätte<sup>2)</sup>.

Der Bundesgerichtshof zog sich jedoch später wieder von diesem exponierten Standpunkt zurück und stellte darauf ab, ob der Kunde sich den AGB unterworfen hatte<sup>3)</sup>; er versuchte zugleich in einer "Art authentischer Interpretation"<sup>4)</sup> des Urteils vom 19. Januar 1951 darzutun<sup>5)</sup>, daß dies schon immer seine Ansicht gewesen sei. Dies kann allenfalls dann angenommen werden, wenn das Kammergerichtsurteil aus Versehen zitiert worden ist.

Danach hat der Bundesgerichtshof das Urteil des Reichsgerichts vom 31. Januar 1941 zwar gelegentlich erwähnt<sup>6)</sup>; gefestigte Meinung des Bundesgerichtshofs ist jetzt aber: Die allgemeinen Geschäftsbedingungen sind keine Rechtsnormen; es bedarf einer zumindest stillschweigenden Unterwerfung des "Kunden", die nur dann angenommen werden kann, wenn er das Bestehen

---

1) MDR 1950, 286 ff.

2) Ewald BB 1951, 883, der das Urteil ablehnt; Schmid-Loßberg MDR 1951, 285 begrüßt es, weil bei stillschweigenden Erklärungen leicht Rechtsunsicherheiten entstehen könnten.

3) BGHZ 3, 200 (203) und BGHZ 6, 145 (147).

4) Raiser NJW 1952, 625.

5) Vgl. zu den in Anmerkung 3 Genannten noch BGH VRS 4, 199.

6) BGHZ 6, 373 (376).

von aGB kannte oder kennen mußte<sup>1)</sup>).

Meeske<sup>2)</sup> befürchtete, daß die Lehre des Bundesgerichtshofs zu den faktischen Vertragsverhältnissen<sup>3)</sup> bei der Frage des Wirksamwerdens von aGB dazu führen könnte, daß auf die Kenntnis des "Kunden" von aGB noch weniger Rücksicht genommen würde. Dies ist bisher nicht eingetreten. Denkbar ist allerdings, daß beides aus einer gemeinsamen Grundhaltung - der Gegnerschaft gegen den freien Willen der Einzelperson - hervorgegangen ist.

Der Bundesgerichtshof hat also nach anfänglicher Unsicherheit wieder an die Rechtsprechung des Reichsgerichts aus den zwanziger Jahren angeknüpft. Die Instanzgerichte sind ihm auf diesem Wege gefolgt<sup>4)</sup>.

Das Schrifttum<sup>5)</sup> begnügte sich nicht mehr wie früher mit einer Kommentierung von Urteilen der verschiedenen Gerichte, sondern stellte Lehren auf, die das Wirksamwerden von aGB einheitlich begründen sollten.

#### IV: Zusammenfassung

Der Überblick über die Entwicklung der Lehren zum Wirksamwerden von aGB im einzelnen Rechtsverhältnis hat gezeigt: Die Anforderungen an eine Vereinbarung

---

1) BGHZ 9, 1 (Leitsatz); BGHZ 12, 136 (139); BGHZ 17, 1 (2); BGHZ 18, 98 (99); BGH VersR 1954, 163; BGH NJW 1959, 1679 Nr. 7; BGH NJW 1962, 1195.

2) BB 1959, 858.

3) BGHZ 21, 319 (333 ff.) "Parkplatz-Urteil"; BGHZ 23, 175 (177 ff.).

4) Vgl. etwa OLG Hamm VersR 1957, 125; LG Mannheim VersR 1956, 549.

5) Vgl. dazu die Darstellung auf S.153 ff.

von aGB wurden immer geringer, bis schließlich in der Rechtsprechung der zwanziger Jahre, unterstützt vom Schrifttum, der formelhafte Satz geprägt wurde, daß aGB wirksam wurden, wenn der "Kunde" ihr Bestehen kannte oder kennen mußte; dieses Kennenmüssen folgerten die Gerichte aus außerhalb des Vertragschlusses liegenden Umständen.

An den Ergebnissen dieser Entwicklung änderte sich nichts, als das Reichsgericht - unterstützt von einer großen Zahl von Autoren - im Jahre 1941 aGB als "Rechtsordnung" ansah. Diese Auffassung erleichterte die Vernachlässigung des Innentatbestandes der Willenserklärung des "Kunden" noch mehr. Nach dem Kriege kehrte die Rechtsprechung nach vorübergehendem Festhalten an "normativen Lehren" zum Wirksamwerden von aGB zu der Auffassung zurück, die bis zum 31. Januar 1941 herrschte.

Es zeigt sich also, daß bei durchweg gleichbleibenden Ergebnissen lediglich die Begründung zweimal gewechselt hat. Wenn zwei einander widersprechende Begründungen zum gleichen Ergebnis führen, so folgt daraus nicht notwendig, daß ein Grund falsch und der andere richtig ist. Es ist vielmehr auch möglich, daß beide Begründungen unzutreffend sind.

## 2. Teil: Die "normativen Lehren" zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen

### 1. Abschnitt: Die Vorbereitung der "normativen Lehren"

#### § 5: Die Anfänge der "normativen Lehren"

##### I: Allgemeine Vorbereitung

In Schrifttum und Rechtsprechung wurden die "normativen Lehren" zum Wirksamwerden von aGB zunächst nur

angedeutet, ohne daß eine genauere Analyse durchgeführt wurde. So sprach Nußbaum<sup>1)</sup> im Jahre 1916 von aGB als einem "Vertragsrecht zweiter Instanz". Etwas deutlicher, aber ohne Begründung, bezeichnete Hagen<sup>2)</sup> 1922 aGB als "Ausfluß und Ausdruck reinster Privatautonomie", die sich zu "einer wirklichen und sehr wichtigen Quelle objektiven Rechts entwickelt (haben)". Michel<sup>3)</sup> nannte 1932 aGB "Vorstufe zum Gesetz"; daß er damit jedoch keine "normative Lehre" zum Wirksamwerden von aGB aufstellen wollte, ergibt sich daraus, daß Michel sich in seiner Arbeit ausführlich damit beschäftigte, wie aGB - vertraglich - vereinbart werden.

Im Jahre 1920 bezeichnete das OLG Hamburg<sup>4)</sup> die Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen als das "Gesetzbuch der Seeversicherung". Das Gericht sprach dies jedoch nur beiläufig aus, ohne eine Begründung überhaupt zu versuchen<sup>5)</sup>.

## II: Vorbereitung im Schrifttum

In seinem 1923 erschienenen Aufsatz über "Normenverträge"<sup>6)</sup> befaßte sich Alfred Hueck auch mit aGB. Er verwandte den Begriff "Norm" jedoch nicht in dem Sinne von "Rechtsnorm" und verneinte ausdrücklich die Frage, ob die Vertragspartner den von ihnen geschaf-

---

1) ArchBR 42, 186.

2) S. 33.

3) S. 72.

4) LZ 1920, 182; es ist dies das erste Urteil, in dem "normative Lehren" anklingen.

5) Gegen das Urteil Kost S. 7. Ehrenzweig - HansRGZ 1929, A, 394 - spricht von einer "gefühlsmäßigen" Wertung.

6) Iher.Jahrb. 73, 33 ff.

fenen "Normen" "automatische" oder "unabdingbare" Wirkung<sup>1)</sup> verschaffen könnten<sup>2)</sup>. Rechtsverbindliche "Normenverträge" gab es nach Hueck nur in den Rechtsgebieten, in denen sie gesetzlich anerkannt waren, also vor allem im Arbeitsrecht<sup>3)</sup>.

Huecks Begriff der "Norm" als einer Vertragsbestimmung, die - in einem besonderen Vertrag festgelegt - "nicht nur für einen einzelnen Vertrag, sondern für eine Reihe von Verträgen Geltung erlangen" soll<sup>4)</sup>, ähneilt zwar der Definition der aGB<sup>5)</sup>. Trotzdem darf nicht angenommen werden, daß Hueck eine normative Wirkung von aGB bejaht. Er verwendet zwar aGB vielfach<sup>6)</sup> als Beispiele, spricht aber deutlich aus,<sup>7)</sup> daß er aGB nicht als zwingende Normen ansieht.

### III: Vorbereitung in der Interessentenliteratur

Die Interessentenliteratur versuchte, die normative Wirkung von aGB zu begründen. Das ist verständlich, weil die Wirtschaft sich durch aGB vorteilhaftere Verträge erhoffte und deshalb das Wirksamwerden von aGB erleichtern wollte.

---

1) "Automatisch" bedeutet nach Hueck aaO. S. 82, daß die Wirkung der "Normen" ohne einen entsprechenden Willen der Einzelvertragsparteien eintritt, während die "Unabdingbarkeit" nach Hueck aaO. S. 84 entgegenstehende Vereinbarungen unwirksam macht.

2) Hueck aaO. S. 85.

3) Hueck aaO. S. 98.

4) Hueck aaO. S. 36 f.

5) Vgl. oben S. 8.

6) Vgl. Hueck aaO. S. 36, 37, 41 und 47. Nach Pagenstecher S. 40 N. 13 müssen aGB als Teil des "konkreten Vertrages" und der ohne Beziehung zu einem einzelnen Rechtsverhältnis geschlossene Normenvertrag "streng" auseinandergehalten werden.

7) aaO. S. 85 und 98.

So sprach Koch 1931 davon, daß die AGB der Banken "analog den Tarifverträgen"<sup>1)</sup> zu behandeln und folglich unabdingbar<sup>2)</sup> seien. Diese Auffassung ist unhaltbar; damals gab es ebenso wie heute keine gesetzliche Regelung des Bankrechts, die dem § 1 TVVO bzw. § 4 Abs. 1 TVG entsprach. Die von Koch behauptete Unabdingbarkeit ist unbegründbar und würde jede abweichende Vereinbarung zwischen der Bank und dem "Kunden" verhindern, was wiederum nur durch eine gesetzliche Vorschrift zu erreichen wäre. Daß eine vertragliche Abänderung regelmäßig daran scheitert, daß die Banken dazu nicht bereit sind, darf nicht mit einer rechtlichen Unabdingbarkeit verwechselt werden.

Die ADSp treten mit dem Anspruch auf, wie zwingende gesetzliche Vorschriften zu wirken. Nach § 2 c ADSp sollen alle entgegenstehenden Regeln, seien es Verkehrssitten, Handelsbräuche oder dispositive gesetzliche Bestimmungen, verdrängt werden.

Die Verfasser der ADSp bemühten sich, bei deren Schaffung das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren nachzuahmen. Verschiedene große Wirtschaftsverbände, nämlich der Deutsche Industrie- und Handelstag, der Reichsverband der Deutschen Industrie, der Reichsverband des Deutschen Groß- und Überseehandels, die Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels, der Deutsche Versicherungsschutzverband, der Zentralverband des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes und der Verein Deutscher Spediteure, bildeten eine Kommission. Nachdem diese Versammlung eine dreimalige "Lesung" der ADSp durchgeführt hatte, wurden sie am 10. August 1927 "verabschiedet" und anschließend in einer Reihe von Tageszeitungen veröffentlicht.

---

1) Koch, Banken und Bankgeschäfte S. 47.

2) Koch, AGB der Banken S. 15, 20, 21, 39.

Dies veranlaßte Isaac, ein führendes Mitglied der Kommission, von "Gesetzgebung ohne Gesetz"<sup>1)</sup> zu sprechen. Die dagegen erhobene einhellige Kritik ist berechtigt, weil Isaac keine Begründung für seine Auffassung gegeben hat. Die Zurückdrängung aller entgegenstehenden Regeln durch § 2 c ADSp fand dagegen eine geteilte Aufnahme<sup>2)</sup>.

#### IV: Zusammenfassung

Die unter I - III wiedergegebenen Ansichten sind keine "normativen Lehren" zum Wirksamwerden von aGB in dem Sinne, daß sie deren Wirksamkeit in jedem einzelnen Rechtsverhältnis annehmen. Sie zeigen aber die Einstellung der Zeit zu dieser Frage, die durch die nun zu skizzierende Rechtsprechung zur Revisibilität von aGB sicher nicht unmaßgebend beeinflußt worden ist.

#### § 6: Die Revisibilität von allgemeinen Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung für die "normativen Lehren"

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Frage, ob der Revisionsrichter den Inhalt von aGB ermitteln und sie zu diesem Zwecke frei auslegen dürfe, war zunächst uneinheitlich.

Der Erste Senat nahm für sich von Anfang an das Recht zu einer freien Auslegung von aGB in Anspruch<sup>3)</sup>, ohne sich näher mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die-

---

1) Isaac JW 1927, 2785; er spricht auch davon, daß ein wirkliches Spediteurrecht neu geschaffen wurde.

2) Dagegen Richter JW 1929, 2033; zustimmend Hamelbeck S. 9; unklar Koehler LZ 1927, 1451.

3) RGZ 1, 302 (303); RGZ 3, 425 (427); RGZ 4, 87 (88); RGZ 6, 412 (413).

ses von ihm eingeschlagene Verfahren mit den §§ 549, 550 ZPO vereinbar war. Er begnügte sich etwa<sup>1)</sup> damit festzustellen, daß die 'Urkundenauslegung keine nur rein tatsächlichen Feststellungen enthalte, sondern durch "juristische Reflexionen beherrscht" sei.

Dagegen wehrte der Siebente Senat sich lange gegen eine freie Auslegung durch das Revisionsgericht, weil aGB keine Rechtsnormen seien und die tatsächliche Feststellung des Vertragswillens dem Revisionsrichter verwehrt sei<sup>2)</sup>.

Dennoch war es gerade der Siebente Senat, der in einem bis heute grundlegend gebliebenen Urteil vom 13. Dezember 1912<sup>3)</sup> die Revisibilität von aGB bejahte. Da nach §§ 549, 550 ZPO die Revision nur auf die Verletzung von Rechtsnormen gestützt werden kann, läßt dies Urteil zunächst darauf schließen, daß der Siebente Senat hier eine normative Wirkung von aGB angenommen hat. Dies wollte er aber nicht wahrhaben, denn er begründete sein Urteil folgendermaßen: Der "Kunde" unterwerfe sich "Bestimmungen ..., die als allgemeine Norm festgestellt sind und eine Vielheit anderer ... Vertragsverhältnisse beherrschen. ... für eine Auslegung der Bedingungen an der Hand des für den Einzelfall besonders zu ermittelnden Vertragswillens (ist) kein Raum. Die Frage ist vielmehr dahin zu stellen, welchen Sinn die betreffende Bestimmung in ihrer allgemeinen Geltung hat."<sup>4)</sup> Nach dieser Betonung des Gegensatzes zur Vertragsauslegung hätte man die Feststellung erwartet, bei der Auslegung von aGB handle es sich um Rechtsanwendung<sup>5)</sup>.

---

1) RGZ 3, 425 (427).

2) RGZ 68, 108 (111).

3) RGZ 81, 117 ff.

4) RGZ 81, 117 (119).

5) Raiser, AGB S. 274.

Der Siebente Senat zog diese Folgerung jedoch nicht, sondern argumentierte mit dem Gedanken der notwendigen einheitlichen Auslegung von aGB, der verlange, daß das Reichsgericht in der Lage sein müsse, selbständig den Sinn von aGB festzustellen, ohne an die Auffassung des Berufungsgerichts gebunden zu sein<sup>1)</sup>.

Diese Begründung kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß das Reichsgericht in diesem Urteil dennoch die aGB den gesetzlichen Regelungen gleichgestellt hat<sup>2)</sup>. Nach §§ 549, 550 ZPO kann die Revision nur auf die Verletzung von Rechtsnormen gestützt werden, weil nur dabei das Bedürfnis nach einheitlicher Auslegung besteht. Diese Beschränkung hat dazu geführt, daß nach § 136 Abs. 1 GVG der Große Senat von den einzelnen Senaten nur angerufen zu werden braucht, wenn diese in einer Rechtsfrage voneinander abweichen wollen. Wenn das Reichsgericht nun die aGB als revisibel anerkennt, so hat es damit sie entweder dem Gesetz gleichgestellt oder sich über den § 549 ZPO hinweggesetzt. Die zweite Möglichkeit scheidet jedoch aus, da das Reichsgericht dessen Wortlaut andererseits peinlich dadurch gerecht zu werden sucht, daß es nur solche aGB als revisibel anerkennt, die über einen OLG-Bezirk hinaus verbreitet sind<sup>3)</sup>.

Im Ergebnis hat also das Reichsgericht hier die aGB dem Gesetz gleichgestellt. Es bleibt jedoch jede Begründung für diese Gleichstellung schuldig. Eine Begründung wäre schon deshalb notwendig gewesen, weil auch der Satz, daß bei aGB ein Bedürfnis zu einheit-

---

1) RGZ 81, 117 (119).

2) Hamann BB 1949, 385; Manigk, Festschrift S. 159 bezeichnet die Analogie zwischen lex und contractus als "prinzipiell verfehlt".

3) Zuerst RG Warn 1922 Nr. 10; ebenso RGZ 111, 276 (278); RGZ 130, 237 (239) und RG JW 1934, 346 Nr. 3 verneinten aus diesem Grund die Revisibilität.

licher Auslegung bestehe, nicht begründet wird. Die Anerkennung dieses Bedürfnisses läuft im Ergebnis darauf hinaus, daß der vom "Kaufmann" mit der Aufstellung von AGB einseitig gesetzte "Zweck" maßgebend ist; damit setzt man sich über den "Kunden" und die bestehenden gesetzlichen Regelungen hinweg.

Verschiedentlich ist versucht worden, das vom Reichsgericht gefundene Ergebnis nachträglich zu begründen. So zieht Raiser<sup>1)</sup> eine "sehr kühne" Analogie, die er wegen der rechtssoziologischen Ähnlichkeit der AGB mit dem Gesetz<sup>2)</sup> für berechtigt hält. Er wird dabei aber seiner Mahnung<sup>3)</sup>, die rechtssoziologische Betrachtungsweise nicht mit der rechtsdogmatischen zu vermischen, untreu.

Kost<sup>4)</sup> geht einen anderen Weg. Er nimmt an, daß "Kaufmann" und "Kunde" in einem unter Zugrundelegung von AGB geschlossenen Vertrag "typische Erklärungen"<sup>5)</sup> abgeben; nach seiner Ansicht müssen daher die AGB in dem Sinn ausgelegt werden, "der sich nach verkehrsmäßiger Auffassung aus ihnen ergibt"<sup>6)</sup>. Daraus folgt aber noch nicht, daß das Revisionsgericht AGB frei auslegen darf; denn daß "Kaufmann" und "Kunde" in einem zu AGB abgeschlossenen Vertrag "typische Erklärungen" abgeben, ändert nichts daran, daß der Inhalt eines Vertrages auszulegen ist. Dies ist dem Revisionsgericht verwehrt.

---

1) Raiser, AGB S. 275; Hildebrandt AcP 143, 343 spricht von einem "Durchbruch" der rechtssoziologischen Betrachtung.

2) Vgl. unten S. 50.

3) Raiser, AGB S. 76.

4) Kost S. 33 ff.

5) Kost S. 35.

6) Kost aaO.

Kost begründet seine Auffassung damit, daß aGB "in ihrer praktischen Bedeutung den Rechtsnormen gleich" seien, weil "ihre Geltung im konkreten Einzelfall regelmäßig vereinbart wird"<sup>1)</sup>. Eine Vertragsbestimmung wird aber nicht zu einer gesetzlichen Regelung, weil sie sehr häufig ist.

Nach Schwinge soll es für die §§ 549, 550 ZPO nicht darauf ankommen, ob den aGB "im rechtsphilosophischen Sinne Rechtsnormeigenschaft zukommt", sondern darauf, ob sie "Rechtsnormen im Sinne des Revisionsrechts" sind<sup>2)</sup>. Weil der "Zweck der Revision" nach Auffassung Schwinges verlangt, daß alles das als "Rechtsnorm" angesehen wird, was das Verhalten der Menschen praktisch bestimmt<sup>3)</sup>, sieht er aGB als "Rechtsnormen im Sinne des Revisionsrechts" an. Eine solche "Norm" regelt nach Schwinge "das äußere Verhalten der Menschen zueinander" und geht "von einer anerkannten äußeren Autorität" aus<sup>4)</sup>. Diese Autorität ist nicht allein der Staat, sondern auch der von "sozialen Mächten ausgeübte psychologische Druck"<sup>5)</sup>.

Schwinge argumentiert bei dem dogmatischen Problem der Revisibilität von aGB also soziologisch, was auch durch die häufige Bezugnahme<sup>6)</sup> auf Schriften von Rühl und Ehrlich<sup>7)</sup> deutlich wird. Dagegen beantwortet Schwinge die Frage, wann aGB in einem Rechtsverhältnis wirksam werden, dogmatisch, indem er darauf abstellt, ob eine ausdrückliche Vereinbarung, eine Unterwerfung des "Kunden" unter aGB oder deren Ver-

---

1) Kost S. 33.

2) Schwinge S. 98.

3) Schwinge S. 99.

4) Schwinge S. 98.

5) Schwinge S. 100.

6) Schwinge S. 98 N. 141, S. 99 N. 143 f., S. 100 N. 148, S. 101 N. 151.

7) Zu deren Lehren vgl. unten S. 42 ff.

öffentlichung vorliegt<sup>1)</sup>; er will also damit, daß aGB für ihn "Rechtsnormen im Sinne des Revisionsrechts" sind, nichts darüber aussagen, wie aGB für ein Rechtsverhältnis wirksam werden. Wer die Lehren zum Wirksamwerden von aGB dogmatisch untersucht, braucht sich mit Schwinges Begriff der "Rechtsnorm im Sinne des Revisionsrechts" daher nicht auseinanderzusetzen.

Das Reichsgericht hat in der Folgezeit die Revisibilität von aGB immer wieder bejaht<sup>2)</sup>, so daß von einer gefestigten Rechtsprechung gesprochen werden kann. Das Schrifttum ist dem Reichsgericht gefolgt<sup>3)</sup>. Auch heute noch wird die Revisibilität von aGB einhellig von Rechtsprechung<sup>4)</sup> und Literatur<sup>5)</sup> anerkannt. Gegnerische Stimmen<sup>6)</sup> konnten sich nicht durchsetzen. Im vorliegenden Zusammenhang ist es nicht erforderlich, das Für und Wider der Revisibilität von aGB einer eingehenden Untersuchung zu unterziehen. Mit der Bejahung der Revisibilität von aGB hat das Reichsgericht diese als gesetzliche Regelungen behandelt. Obwohl weder vom Reichsgericht noch von anderer Seite eine zutreffende Begründung hierfür gegeben wurde, führten verschiedene Autoren sie später

---

1) Schwinge S. 97 f.

2) RGZ 98, 122; RGZ 106, 120 (122); RGZ 117, 102 (105); RGZ 125, 236 (237); RGZ 144, 301 (304); RGZ 170, 233 (240 f.).

3) Hachenburg JW 1916, 134; Hagen S. 43; Heymann JW 1916, 572; Michel S. 37; Oertmann S. 515 f.

4) Vgl. BGHZ 8, 55 (56); BGHZ 17, 1 (3); BGHZ 33, 216 (219).

5) Bindels BB 1958, 17; v. Brunn S. 92; Denecke in RGRK-BGB Einl. Anm. 9; Erman-Hefermehl Anm. III 4 a vor § 145; Fischer BB 1957, 483; Lehmann § 3 VII, S. 27; Palandt-Danckelmann § 157 Anm. 6; Rosenberg § 140 III 1 a, S. 701.

6) Brandner AcP 162, 263 f.; Kisch JW 1926, 554 und JR 1926, 456; Mendelssohn-Bartholdy JW 1919, 190; Pagenstecher S. 40.

als Begründung für die von ihnen vertretene "normative Lehre" an, indem sie folgerten: Da die aGB als revisibel anerkannt und nur "Rechtsnormen" revisibel seien, müßten folglich aGB "Rechtsnormen" sein<sup>1)</sup>. Hier wird Grund und Folge verwechselt: Erst ist nachzuweisen, daß aGB "Rechtsnormen" sind; daraus kann dann ihre Revisibilität hergeleitet werden. Erst später<sup>2)</sup> sagte das Reichsgericht, daß aGB revisibel seien, weil sie eine "Rechtsordnung" darstellten. Hier ist zwar das Verhältnis von Grund und Folge wieder hergestellt; daß aGB eine "Rechtsordnung" sind, ist aber genauso wenig begründet worden wie ihre Revisibilität.

Es ist zudem ein methodischer Fehler, aus einer Regelung des Prozeßrechts Folgerungen für das materielle Recht herzuleiten. Das Verfahrensrecht ist eine Ergänzung des materiellen Rechts, indem es seiner Durchsetzung dient; es kann dementsprechend über Begriffe und Inhalte des materiellen Rechts nichts aussagen.

## 2. Abschnitt: Rechtssoziologische Einflüsse

### § 7: Die Lehren von Rühl und Raiser

#### I: Rühl

1931 vertrat Rühl in seinem Vortrag über "Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft" die Auffassung, aGB seien "geltendes Recht"<sup>3)</sup>.

---

1) Bernhardt DR 1942, 1172; Eilles ZZP 62, 2; Herschel DR 1942, 756 und 761; nach dem Krieg Hamann BB 1949, 385.

2) RGZ 170, 233 (240 f.); RGZ 171, 43 (48).

3) Rühl S. 15.

## 1. Rühls Ausgangspunkt

Als "Prämisse", die "anzunehmen oder abzulehnen Sache grundsätzlicher ... Einstellung des einzelnen ist"<sup>1)</sup>, geht Rühl von folgendem Gedankengang aus: Wie Sander sieht er im "Recht" den "Inbegriff gesellschaftlicher Urteile über bestimmte Machtchancen"<sup>2)</sup>; das "Gelten" der "Rechtsordnung" bedeutet für Rühl "motiviert werden durch Vorschriften". Er erläutert die Frage nach der "Geltung" im Anschluß an Max Weber als das Fragen nach dem, "was innerhalb einer Gemeinschaft faktisch um deswillen geschieht, weil die Chance besteht, daß am Gemeinhandeln beteiligte Menschen bestimmte Ordnungen als geltend subjektiv ansehen und praktisch behandeln"<sup>3)</sup>.

## 2. Kritik des Ausgangspunktes

Rühl trennt das "Recht" als den Inhalt von der "Geltung" als der Wirkung einer rechtlichen Regelung. Diese Unterscheidung ist nicht richtig. Wenn eine "Norm" existiert, so wirkt sie schon deswegen, ohne daß nach weiteren Umständen gesucht zu werden braucht, aus denen sich die "Geltung" ergibt.

"Was als geltend angesehen wird", ist bloßer Bewußtseinsinhalt und damit nur als solcher wirklich. Es kann daher nichts darüber aussagen, ob eine rechtliche Regelung "gilt", also existiert.

---

1) Rühl S. 10.

2) Rühl S. 9.

3) Rühl S. 9 f.

Nach Rühls eigener Aussage<sup>1)</sup> will er an die von Ehrlich und Nußbaum vertretene methodische Richtung anknüpfen, also an die rechtssoziologische Schule. So betont er wiederholt<sup>2)</sup> seine rechtssoziologische "Betrachtung" und leitet dementsprechend die "Geltung" des "Rechts" aus "Tatsachen" ab<sup>3)</sup>.

Für Ehrlich<sup>4)</sup> besteht das "Recht ... nicht aus Rechtssätzen, sondern ... in den Rechtseinrichtungen". Eine "Rechtsquellenlehre" hat nach Ehrlich daher die Kräfte zu suchen, die die Entwicklung der Rechtseinrichtungen vorantreiben; dagegen hält er es für unnötig, die Formen anzugeben, in denen ein Rechtssatz festgestellt wird. "Rechtsquellen" sind für Ehrlich<sup>5)</sup> die "Rechtstatsachen", zu denen er die Übung, die Herrschaft, den Besitz und die Willenserklärung rechnet.

Unter diesen Tatsachen des Rechts ist die durch die "normative Kraft des Tatsächlichen"<sup>6)</sup> wirkende Übung, die nicht mit dem Gewohnheitsrecht verwechselt werden darf<sup>7)</sup>, die "einzige ursprüngliche"<sup>8)</sup>. Mit dieser Auffassung ist Ehrlich einer der Urheber einer Richtung, die man als "Tatsächlichkeitsdenken" bezeichnen kann. Die Berechtigung hierfür ergibt sich etwa aus den Sätzen Ehrlichs: "Rechtsnormen sind die aus den Tatsachen des Rechts fließenden Normen"<sup>9)</sup> oder

---

1) Rühl S. 5f.

2) Rühl S. 10, 20.

3) Rühl S. 20.

4) S. 68.

5) S. 68 f.

6) Hervorhebung bei Ehrlich S. 69 im Anschluß an Jellinek.

7) Ehrlich aaO.

8) Ehrlich S. 93.

9) Ehrlich S. 135 f.

es "müssen jedenfalls gewisse Tatsachen vorliegen, bevor wir von einem Recht und Rechtsverhältnis reden können"<sup>1)</sup>.

Mit seiner soziologischen Betrachtung negiert Ehrlich die juristische Dogmatik. Damit wird das "Recht" als Gegenstand der Rechtserkenntnis beseitigt. Dazu kommt, daß nach Ehrlich<sup>2)</sup> der Vertrag nicht mehr nur "Ausfluß des individuellen Parteiwillens" ist; damit ist der Mensch nur noch "ein Rädchen oder eine Schraube; seine Stellung und seine Aufgabe ... wird ihm ... in der Hauptsache durch die Gesamtheit der von ihm abgeschlossenen Verträge angewiesen"<sup>3)</sup>. Der Inhalt eines Vertrages geht nach Ehrlich aber "aus den gesellschaftlichen Zusammenhängen hervor"<sup>4)</sup>.

Der Mensch steht also unfrei in gesellschaftlichen Zusammenhängen und kann über sein Handeln nicht selbst bestimmen. Eine solche Lehre ist für eine Rechtsauffassung, die die Würde und Freiheit der Person in den Mittelpunkt stellt (Art. 1 und 2 GG), unannehmbar. Bezeichnenderweise treten an Ehrlich angelehnte Gedanken im Dritten Reich stärker hervor, also gerade zu einer Zeit, in der "Macht vor Recht" ging.

Rühls Prämisse muß daher abgelehnt werden.

### 3. Rühls Begründung der normativen Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen

Nach Rühl liegt "geltendes Recht" dann vor, wenn eine rechtliche Regelung befolgt wird "in der Meinung,

---

1) Ehrlich S. 68.

2) S. 39.

3) Ehrlich S. 40.

4) Ehrlich S. 38.

daß man dazu verpflichtet sei", und wenn die Chance einer zwangsweisen Durchsetzung besteht<sup>1)</sup>.

Diese Voraussetzungen hält Rühl bei Tarifverträgen, Handelsbräuchen und aGB für gegeben<sup>2)</sup>. Als Mittel der Durchsetzung von aGB sieht er einmal den von einem Verband, der die Mitglieder eines bestimmten Wirtschaftszweiges oft fast vollzählig umfaßt, auf Grund der Verbandsautonomie durch Konventionalstrafen und Ausschlußdrohungen über die Mitglieder ausgeübten Zwang<sup>3)</sup> an. Zum anderen besteht für ihn ein Zwang durch die Schiedsgerichtsbarkeit<sup>4)</sup>. Schließlich setzt die staatliche Gerichtsbarkeit nach Ansicht Rühls aGB deshalb durch, weil sie deren Wirksamkeit auch dann bejaht, "wenn die ... Voraussetzungen eines Vertragsschlusses in Wahrheit nicht gegeben sind"<sup>5)</sup>.

Daß durch die Anerkennung von aGB als "geltendes Recht" das staatliche Recht zurückgedrängt wird, so daß "weite Teile unseres bürgerlichen Rechts ... tot (sind)", ist für Rühl keine isolierte Erscheinung; zur Begründung weist er darauf hin, welche "ungeheure(n) Veränderungen" im Verfassungsrecht sich ohne eine Änderung des Textes der Verfassungsurkunde vollzogen haben<sup>6)</sup>.

#### 4. Kritik der Rühlschen Lehre zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen

Zunächst ist festzustellen, daß die tariflichen Regelungen und die Handelsbräuche kein durch die Wirt-

---

1) Rühl S. 16.

2) Rühl S. 17, 19 ff.

3) Rühl S. 16, 20.

4) Rühl S. 16.

5) Rühl S. 16, 20 f.

6) Rühl S. 21 f.

schaft geschaffenes Recht sind. Daß tarifliche Regelungen für ein einzelnes Rechtsverhältnis wirksam sind, folgte zur Zeit Rühls aus § 1 TVVO und beruht heute auf § 4 Abs. 1 TVG; für Handelsbräuche ist dies durch § 346 HGB angeordnet.

Auch für aGB ist Rühls Lehre nicht haltbar.

Rühl begründet nicht, daß die Vertragsparteien meinen, zur Befolgung von aGB verpflichtet zu sein. Damit hat er eine der beiden Voraussetzungen, aus denen er die "Geltung" von aGB ableitet, nicht dargelegt. Eine "Meinung", die nur als Bewußtseinsinhalt wirksam ist, kann nicht Merkmal einer existierenden rechtlichen Regelung sein. Die "Meinung, daß man dazu verpflichtet sei", ist offenbar auch nicht allgemein verbreitet. Das zeigen schon die zahlreichen Urteile, in denen Gerichte über die Wirksamkeit von aGB entscheiden mußten. Dies wurde nur deshalb erforderlich, weil eine Partei die Wirksamkeit bestritt, jene "Meinung" also gerade nicht hatte.

Die Chance der zwangsweisen Durchsetzung ist durch die von Rühl genannten Einrichtungen<sup>1)</sup> nicht gewährleistet. Das gilt zunächst für die Durchsetzung von aGB mit Verbandsmitteln. Regelmäßig sind nur "Kaufleute" verbandsmäßig organisiert, also in vielen Fällen nur eine Partei des zu aGB abgeschlossenen Einzelvertrages. Es kann sich also nur darum handeln, daß die "Kaufleute" durch ihren Verband verpflichtet werden, allen ihren Verträgen die vom Verband empfohlenen aGB zugrunde zu legen. Ob und wie das möglich ist, muß vom Verbandsrecht entschieden werden. Selbst wenn aber eine solche Verpflichtung wirksam ist, folgt daraus noch nicht, daß ein "Kaufmann" ihr auch in jedem einzelnen Fall nachkommt. Daß der "Kaufmann" einem Verband angehört, der von seinen Mitgliedern

---

1) Vgl. oben S. 46.

die Anwendung bestimmter aGB verlangt, bedeutet daher nicht unbedingt, daß diese aGB im einzelnen Rechtsverhältnis wirksam werden.

Ein "Kaufmann" kann sich den Machtmitteln des Verbandes zudem dadurch entziehen, daß er aus dem Verband austritt. § 39 BGB verhindert, daß jemand gegen seinen Willen in einem Verein festgehalten wird. Wenn ein "Kaufmann" also Mitglied bleibt und die vom Verband aufgestellten aGB seinen Verträgen zugrunde legt, so beruht das nicht auf dem Verbandszwang, sondern auf der Entscheidung des "Kaufmanns", die etwa dadurch motiviert sein kann, daß der "Kaufmann" mißliche wirtschaftliche Folgen vermeiden will.

Der Verband ist also rechtlich nicht in der Lage, die Wirkung von aGB im Einzelrechtsverhältnis zwangsweise durchzusetzen.

Das gleiche gilt für das Schiedsgerichtsverfahren. Nach §§ 1025 ff. ZPO ist ein Schiedsgericht zur Entscheidung berufen, wenn die Parteien dies, etwa durch die Vereinbarung von entsprechenden aGB, vertraglich bestimmt haben. Wenn Rühl dagegen die "Geltung" von aGB mit dem Zwang begründen will, welchen die Schiedsgerichtsbarkeit ausübt, so verwechselt er Grund und Folge: Erst müssen die aGB wirksam sein, bevor ein Schiedsgericht zuständig werden und nach ihnen urteilen kann.

Daß Rühl auf die zwangsweise Durchsetzung von aGB durch die staatlichen Gerichte abstellt, ist erstaunlich, da er nur an diejenige Rechtserzeugung denkt, welche "unmittelbar durch die Wirtschaft erfolgt"<sup>1)</sup>. Wenn aber die staatlichen Gerichte aGB durchsetzen, so ist damit gesagt, daß diese kein von der Wirt-

---

1) Rühl S. 6.

schaft geschaffenes "geltendes Recht" sind: Im Sinne Rühls müßte die Wirtschaft selbst für deren Durchsetzung sorgen.

Im übrigen kann die staatliche Rechtsprechung aGB nicht "durchsetzen". Sind sie Vertragsinhalt geworden, so müssen sie von den Gerichten wie jede andere von den Parteien getroffene Regelung beachtet werden. Insoweit hat der Richter nichts "durchzusetzen", sondern zu erkennen. Sind aGB nicht vereinbart und beachtet der Richter sie trotzdem, so urteilt er falsch. Eine Lehre zum Wirksamwerden von aGB kann aber nicht mit einer unzutreffenden Rechtsprechung begründet werden.

Rühl, der die "Geltung" des "Rechts" aus einem Zwang ableitet, müßte außerdem verlangen, daß andere Richter an das durch frühere Urteile geschaffene "Recht" gebunden sind. Er gesteht aber dem Richter das Recht zur Abweichung zu und spricht vom Richterrecht nur als einer "sekundären Rechtsquelle"<sup>1)</sup>. Dann kann selbst nach Ansicht Rühls die staatliche Gerichtsbarkeit keinen "Zwang" ausüben; Rühl widerspricht sich also.

Die Lehre Rühls von einer "Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft" ist daher nicht haltbar.

## II: Raiser

Ein anderer Versuch, die normative Wirkung von aGB soziologisch zu begründen, ist von Raiser unternommen worden. Nach Raiser werden aGB in unpersönlicher, abstrakter Form für eine unbestimmte Vielzahl noch unbekannter Rechtsverhältnisse aufgestellt; als sol-

---

1) Rühl S. 8.

che "Richtlinien" gleichen sie dem Gesetz, ohne allerdings dessen "Rechtsgeltung" zu besitzen<sup>1)</sup>. Diese erlangen sie dann, wenn sie durch die "Rechtsgenossen" eines "konkreten Rechtskreises" sanktioniert worden sind und wenn ihre Durchsetzbarkeit garantiert ist<sup>2)</sup>.

Als Formen der Sanktion unterscheidet Raiser die Einzel- und die Gruppensanktion. Einzelsanktion liegt vor, wenn "Kaufmann" und "Kunde" aGB einem einzelnen Vertrag zugrunde legen und diese so zu einer "partikulären Vertragsrechtsordnung"<sup>3)</sup> erheben. Für Raiser ist der Abschluß eines Einzelvertrages unter Zugrundelegung von aGB "kein einmaliger Vorgang, sondern eine Massenerscheinung", die den aGB eine solche "Breite des Wirkungsfeldes" verleiht, daß sie - "soziologisch gesehen" - dem Gesetzesrecht "ähnlich" sind<sup>4)</sup>.

Die Gruppensanktion setzt nach Raiser voraus, daß sich eine "durch räumliche Verbindung, durch Gleichartigkeit des Gewerbes oder der wirtschaftlichen Bedürfnisse gekennzeichnete ... Personengruppe" gebildet hat, die "kein bloßes Nebeneinander ... von Einzelindividuen mehr darstellt, sondern in einem inneren Wirkungszusammenhang tritt"<sup>5)</sup>.

Die Gruppe sanktioniert die aGB durch deren Erhebung "zum Gewohnheitsrecht der Gruppe"<sup>6)</sup> oder durch "rationale, ausdrückliche Sanktion"<sup>7)</sup>. Die gewohnheitsrechtliche Sanktion ist nichts anderes als die Bil-

---

1) Raiser, AGB S. 77.

2) Raiser aaO.

3) Raiser aaO.

4) Raiser, AGB S. 78.

5) Raiser aaO.

6) Raiser aaO.

7) Raiser, AGB S. 79.

dung von Verkehrssitten; für sie ist nach Raiser nur erforderlich, daß entweder die "Kunden" auf dem Markt zugleich auch als "Kaufleute" auftreten (wie etwa bei den Börsen) oder eine große Zahl von "Kaufleuten" die gleichen aGB verwendet<sup>1)</sup>.

Für die "rationale, ausdrückliche Sanktion" verlangt Raiser "einen bereits bestehenden Zusammenhang, in der Regel sogar eine Organisation der Gruppe und ein Organ ..., das die Sanktion für die Gruppe erklären kann"<sup>2)</sup>. Einen "Verband" im Sinne Gierkes braucht die Gruppe nicht darzustellen; eine "Kaufleute" und "Kunden" gleichermaßen umfassende Vereinigung kommt im Rechtsleben auch kaum vor. Es reicht nach Raiser vielmehr aus, wenn sich ein Verband der "Kaufleute" mit einem Verband der "Kunden" zu einer neuen Gesamtgruppe mit dem Ziel "loseren ... Zusammenwirkens" verbindet und damit soziologisch "ein lebendiges Ineinandergreifen der ganzen Gruppen in ihren Gliedern" herbeiführt<sup>3)</sup>. Diese neue Gesamtgruppe kann aGB sanktionieren und sie zu ihrer "Ordnung" erheben, indem die Organe der Teilgruppen eine "gemeinsame Geltungserklärung" abgeben<sup>4)</sup>.

Die so sanktionierten "Ordnungen" werden nach Raiser einmal durch den Staat garantiert. Bei den "partikulären Vertragsrechtsordnungen" geschieht dies dadurch, daß der Staat sein eigenes dispositives Recht hinter die Abrede der Vertragsparteien zurücktreten läßt<sup>5)</sup>.

Die Garantie der durch gewohnheitsrechtliche Sanktionen der Gruppe entstandenen "Ordnungen" erblickt Raiser darin, daß das Gesetz mitunter darauf verweist,

---

1) Raiser aaO.

2) Raiser, AGB S. 79 f.

3) Raiser, AGB S. 80.

4) Raiser, AGB S. 81.

5) Raiser, AGB S. 82.

wie Handelsbrauch oder Verkehrssitte einen Sachverhalt regeln<sup>1)</sup>. Hier muß beachtet werden, daß Raiser die Verkehrssitte dem Gewohnheitsrecht nicht nur soziologisch, sondern auch dogmatisch gleichsetzt<sup>2)</sup>.

Die Garantie einer durch "rationale, ausdrückliche Sanktion" der Gruppe geschaffenen Regelung durch den Staat ist selten. Das ist nach Raiser einmal darin begründet, daß die Gruppenbildung oft kaum ausgeprägt ist; zum anderen liegt es daran, daß hier die Konkurrenz zur eigenen Gesetzgebungstätigkeit des Staates so auffällig ist, daß er aus Gründen der Rechtseinheit Zurückhaltung üben muß; schließlich ist keine Sicherheit dafür gegeben, daß die Interessen der Teilgruppen einen gerechten Ausgleich in der Gesamtgruppe gefunden haben<sup>3)</sup>. Fälle einer staatlichen Garantie sind für Raiser in den Tarifverträgen des früheren Arbeitsrechts, den Betriebsordnungen nach dem AOG und den vom Reichsnährstand erlassenen aGB gegeben<sup>4)</sup>. Sonst wird die Gruppensanktion durch den Staat nur mittelbar garantiert: Wenn die Mitglieder einen Einzelvertrag unter Zugrundelegung der von der Gesamtgruppe sanktionierten aGB abschließen, so wird diese Parteisanktion wie jede andere "partikuläre Vertragsrechtsordnung" garantiert<sup>5)</sup>.

Auch die Wirtschaft garantiert nach Raiser die "Gel-tung der aGB", und zwar auf folgende Weise<sup>6)</sup>: Bei durch Einzelsanktion geschaffenen aGB kann der "Kaufmann" sich damit begnügen, den "Kunden" zum Abschluß eines Vertrages unter Zugrundelegung seiner aGB zu veranlassen, und dann "das weitere dem staatlichen

---

1) Raiser aaO.

2) Raiser, AGB S. 82 ff.

3) Raiser, AGB S. 87.

4) Raiser, AGB S. 88.

5) Raiser, AGB S. 87.

6) Raiser, AGB S. 88 f.

Zwangsapparat überlassen"<sup>1)</sup>. Um die von einer Gruppe sanktionierten Regelungen durchzusetzen, kann die Gruppe auf ihr Mitglied etwa durch Kartellzwang einen starken Druck in der Richtung ausüben, die aGB den von ihm mit Nichtmitgliedern abzuschließenden Verträgen zugrunde zu legen. Gehören beide Partner des Einzelvertrages der Gruppe an, wie beispielsweise bei den Börsen, so führen in der Regel Boykottandrohungen und Furcht vor Verruf dazu, daß jeder Einzelvertrag unter Zugrundelegung der von der Gruppe sanktionierten aGB geschlossen wird. Bestehen dann noch ständige Schiedsgerichte, so ist "die Entfremdung von der Privatrechtsordnung des Staates vollständig; die partikulären Ordnungen gelten aus eigener Kraft"<sup>2)</sup>.

Dieser Gedankengang Raisers erinnert an die Ausführungen Rühls, der die "Chance der Durchsetzbarkeit" des von der Wirtschaft geschaffenen "geltenden Rechts" in dem durch den Verband über seine Mitglieder mit Verbandsmitteln und dem durch die Schiedsgerichtsbarkeit ausgeübten Zwang erblickt<sup>3)</sup>. Dabei ist folgendes zu beachten: Rühl gibt nicht zu erkennen, daß der von ihm verwendete Begriff des "geltenden Rechts" auf das Gebiet der Soziologie beschränkt bleiben soll. Dagegen betont Raiser mehrfach<sup>4)</sup>, daß er nur soziologisch untersuchen will, ob aGB "Rechtsgeltung" besitzen.

Da die Frage, wie aGB im einzelnen Rechtsverhältnis wirksam werden, eine dogmatische Frage ist, die infolgedessen dogmatisch beantwortet werden muß, kann mit den Darlegungen Raisers nicht juristisch dogmatisch begründet werden, daß aGB mangels einer gesetzlichen Regelung ohne eine entsprechende Willenser-

---

1) Raiser, AGB S. 89.

2) Raiser aaO.

3) Rühl S. 16.

4) Raiser, AGB S. 65 N. 1, 75, 76 und die Überschrift des zweiten Kapitels.

klärung des "Kunden" für diesen wirksam werden. Raiser hat dies erkannt und weist darauf hin, daß "die rechtssoziologische von der rechtsdogmatischen Betrachtungsweise sauber zu scheiden" ist<sup>1)</sup>.

Trotzdem machen einige Autoren von seinen soziologischen Gedankengängen einen dogmatischen Gebrauch. So begründet Larenz seine dogmatische Forderung, die "eigene Willensbestimmung" des einzelnen zugunsten der "völkischen Ordnung" zurückzudrängen, damit, daß der Gegensatz von "objektivem Recht ... und Parteivereinbarung ..." zweifelhaft geworden ist" und bezieht sich dabei auf Raiser, der im soziologischen Teil seines Werkes den "Gegensatz zwischen Rechtsatz und Rechtsgeschäft" in Frage stellt<sup>2)</sup>. Herschel, der die normative Wirkung von aGB rechtsdogmatisch bejaht, beruft sich auf die soziologischen Darlegungen Raisers<sup>3)</sup>. Kersting<sup>4)</sup>, der das Urteil des Reichsgerichts vom 31. Januar 1941 dogmatisch untersucht, meint, daß die Ausführungen Raisers auf S. 59 ff.<sup>5)</sup> die "Rechtsnatur" von aGB, also wohl im dogmatischen Sinn, betreffen.

Für die Untersuchung reicht es aus, darauf hinzuweisen, daß Raiser nicht versucht hat, seine soziologisch gewonnenen Lehren auf das Gebiet der Dogmatik zu übertragen. Sein Begriff der "Rechtsgeltung" kann daher nicht dazu verwendet werden, die Frage, wie aGB Inhalt eines Einzelvertrages werden, zu be-

---

1) Raiser, AGB S. 76.

2) Larenz DR 1935, 490; vgl. daselbst in N. 6 die Bezugnahme auf die soeben wiedergegebenen Ausführungen von Raiser, AGB S. 63.

3) Herschel DR 1942, 754 N. 9; ähnlich Eilles DGWR 1941, 122 und nach dem Kriege Hamann MDR 1949, 210.

4) DR 1941, 1215.

5) Hier beginnt das zweite Kapitel "Die rechtssoziologische Deutung".

antworten. Daß er den Gegensatz von soziologischer und dogmatischer Betrachtungsweise scharf hervorhebt, unterscheidet Raiser von Rühl.

### 3. Abschnitt: Die Beeinflussung der "normativen Lehren" durch die Rechtslehre des Dritten Reiches

#### § 8: Das Urteil des Reichsgerichts vom 31. Januar 1941 und seine Aufnahme im Schrifttum

##### I: Das Urteil

Daß das Reichsgericht in seinem Urteil vom 31. Januar 1941 aGB als "Rechtsordnung" bezeichnete, ist nicht überraschend, wenn man bedenkt, wie sich seine Einstellung zu einer anderen Frage gewandelt hat, nämlich zu dem Problem des in aGB enthaltenen verlängerten Eigentumsvorbehalts. Während das Reichsgericht früher<sup>1)</sup> die Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderung nur im einzelnen Fall prüfte, verlangte es später, daß die Forderung für alle nur denkbaren Fälle zweifelsfrei zu bestimmen sein müsse<sup>2)</sup>. Diese zeitlich vor dem 31. Januar 1941 liegenden Urteile deuten bereits die gewandelte Einstellung des Reichsgerichts zu aGB an.

Während das Reichsgericht bis dahin eine klare Stellungnahme zu der Wirkung von aGB vermieden und auch in seiner Rechtsprechung zur Revisibilität die notwendige Gleichstellung von aGB und gesetzlicher Regelung nicht vollzogen hatte, führte es in seinem

---

1) Vgl. statt aller RGZ 136, 100 (103).

2) Zuerst RGZ 149, 96 (100) unter Bezugnahme auf das die Revisibilität von aGB bejahende Urteil RGZ 81, 117 ff.; weiter RGZ 155, 26 (29) und RG JW 1939, 563.

Urteil vom 31. Januar 1941 aus<sup>1)</sup>: "Ganz allgemein gesprochen, stellt sich der Abschluß von Verträgen, die unter Bezugnahme auf oft sehr umfangreiche Allgemeine Geschäftsbedingungen ... geschlossen werden, kaum noch als eine echte vertragliche Vereinbarung all dieser den Vertragsinhalt bildenden Regelungen dar; sie bedeutet viel eher eine Unterwerfung unter eine fertig bereitliegende Rechtsordnung, und es kommt wenig darauf an, was dem in diese Rechtsordnung (freiwillig) Eintretenden im einzelnen von ihrem Inhalt bekannt ist."

Das Urteil befaßte sich mit Allgemeinen Versicherungsbedingungen. Hier war kurz zuvor - am 2. Januar 1941 - eine bedeutsame Änderung eingetreten: Durch Anordnung des Präsidenten des Reichsaufsichtsamts für Privatversicherung waren die neuen Allgemeinen Bedingungen für die Kraftfahrversicherung (AKB) und die Allgemeinen Bedingungen für die Kraftfahrhaftpflichtversicherung (AKHB)<sup>2)</sup> an die Stelle der bisherigen Versicherungsbedingungen getreten. Diese Anordnung beruhte auf der Verordnung über die Anwendung Allgemeiner Versicherungsbedingungen vom 29. November 1940<sup>3)</sup>; die neuen Bedingungen waren also als delegierte gesetzliche Bestimmungen erlassen worden. Nach der Anordnung des Präsidenten des Reichsaufsichtsamtes waren sie aber nur auf Versicherungsfälle anwendbar, die nach dem 1. Januar 1941 eintraten. Da der vom Reichsgericht zu beurteilende Unfall sich am 4. Mai 1938 ereignet hatte, mußte das Reichsgericht also nach dem früheren Rechtszustand entscheiden<sup>4)</sup>.

---

1) RG DR 1941, 1210 (1212).

2) Sie waren im RANz Nr. 187 vom 12.8.1940 veröffentlicht worden.

3) RGBl. I, 1543.

4) RG aaO. S. 1211.

Obwohl die alten Versicherungsbedingungen nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden waren, faßte das Reichsgericht sie als eine "Rechtsordnung" auf. Es begründete dies nur damit, daß es feststellte, für eine "Rechtsordnung" sei es bezeichnend, daß nunmehr auf Wunsch des Präsidenten des Reichsaufsichtsamtes dem Versicherungsnehmer nicht mehr der volle Wortlaut der Versicherungsbedingungen, sondern "nur noch zwölf kurz und volkstümlich gefaßte 'Verwaltungsmaße-regeln' übergeben werden" sollen<sup>1)</sup>. Das Reichsgericht verkennt hierbei, daß dieser "Wunsch" sich nur auf die neuen allgemeinverbindlichen AKB und AKHB bezieht; früher hatte das Reichsaufsichtsamt dagegen wiederholt die Aushändigung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen gefordert. Im übrigen ist dieser Schluß eine petitio principii: Die Nichtaushändigung ist eine Folge der normativen Wirkung der neuen Bedingungen und nicht deren Begründung.

Die Unsicherheit des Reichsgerichts zeigt sich schon in der Ausdrucksweise<sup>2)</sup>, wenn es davon spricht, daß "kaum noch" eine vertragliche Vereinbarung, sondern "viel eher" eine "Unterwerfung" vorliege. Es heißt auch, es komme "wenig" auf die Kenntnis des "Kunden" an: also doch immerhin etwas, aber worin besteht dieses etwas? Es ist ferner eine verfehlte bildhafte Sprache, wenn von dem "in eine Rechtsordnung Eintretenden" oder von einem "Rechtsordnungsgebäude" gesprochen wird.

## II: Das Schrifttum zum Urteil des Reichsgerichts vom 31. Januar 1941

Das Schrifttum war sich der Schwierigkeiten der Einordnung der aGB, die "auf der Grenze zwischen Vertrag

---

1) RG aaO. S. 1212 f.

2) Noerr spricht S. 17 von "ungewohnt schwammigen Ausdrücken".

und Gesetz (liegen)"<sup>1)</sup>, bewußt<sup>2)</sup>. Das Urteil wurde daher als eine "Klarstellung"<sup>3)</sup> begrüßt. Wie diese allerdings in den dunklen Redewendungen des Reichsgerichts erblickt werden kann, ist unverständlich. Immerhin liegt in dem Urteil eine Stellungnahme zur Frage der Wirkung von aGB, die nicht auf für verbindlich erklärte aGB beschränkt ist. Müllereisert<sup>4)</sup> meint zwar, die Ausführungen des Reichsgerichts dürften nicht ohne weiteres auf "freie"<sup>5)</sup> aGB ausgedehnt werden. Das ist unrichtig. Um solche "freien" aGB ging es gerade, da die Verbindlicherklärung der AKB und AKHB für den zu entscheidenden Fall keine Bedeutung hatte. Wie die Worte: "Ganz allgemein gesprochen"<sup>6)</sup> zeigen, will das Reichsgericht für alle Arten von aGB eine Aussage machen.

Das Schrifttum sah allerdings, daß die vom Reichsgericht gegebene Begründung für die normative Wirkung von aGB unzulänglich war, und trug Gründe für diese "normative Lehre" zusammen.

#### 1. Der Vertragsschluß

Bernhardt sieht aGB "von ihrer Wirkung auf die Rechtsgestaltung her betrachtet" als "eigenartige Rechtsnormen" an<sup>7)</sup> und begründet dies damit, sie hätten "automatische Geltung", weil ein Vertrag zwischen "Kaufmann" und "Kunde" nicht vorliege; die "stillschweigende Unterwerfung" sei nämlich eine "Fiktion"<sup>8)</sup>. Haupt<sup>9)</sup> führt ergänzend an, daß der "Kunde" sich

---

1) Herschel DR 1941, 55.

2) Siebert DR 1941, 1513.

3) Kersting DR 1941, 1215.

4) DGWR 1942, 113.

5) Müllereisert spricht von "freien" im Gegensatz zu allgemeinverbindlichen aGB.

6) RG DR 1941, 1212.

7) Bernhardt DR 1942, 1172.

8) Bernhardt aaO.; dagegen Pagenstecher S. 154.

9) ZAkDR 1943, 86; ähnlich derselbe AGB S. 44.

"in der Regel teilnahmslos" verhalte, weil er "doch nichts ändern" könne.

Hier wird also aus der Handhabung von aGB durch den "Kaufmann" und der Rechtsprechung zu der Frage, wann ein Vertragsschluß unter Zugrundelegung von aGB anzunehmen ist, die normative Wirkung von aGB abgeleitet. Dieservon Tatsachen ausgehende Schluß ist eine rechtssoziologische Argumentation, mit der eine dogmatische Frage nicht beantwortet werden kann. Dogmatisch gesehen liegt ein wirksamer Vertragsschluß nicht vor, wenn eine Willenserklärung fingiert wird.

Eine ähnliche Begründung für die normative Wirkung von aGB hat nach dem Kriege das Kammergericht gegeben<sup>1)</sup>: Für die Anerkennung der aGB als "Normen" sei allein schon "die Zweckbestimmung der einheitlichen, einen größeren Kreis betreffenden Regelung einheitlicher Tatbestände" ausreichend. Zweck ist das im Bewußtsein einer Person liegende und von ihr mit einer Handlung angestrebte Ziel, er ist etwas nur Gedachtes, nichts Wirkliches. Aus ihm kann daher kein existierendes Recht entstehen. Das Recht ist nicht aus Zwecken abzuleiten<sup>2)</sup>, besonders nicht hier, wo die Zwecke einseitig vom "Kaufmann" gesetzt werden.

## 2. Die "Natur" der allgemeinen Geschäftsbedingungen

Nach Eilles<sup>3)</sup> "bestehen" die aGB schon vor Abschluß eines Vertrages und werden auf ihn nur angewendet. Dies ist lediglich eine Behauptung. Sicher "bestehen" aGB seit dem Augenblick ihrer Aufstellung durch "Kaufmann" oder Verband; es geht hier aber darum, ob sie als zwingende rechtliche Regelungen bestehen. Daß aGB auf einen Vertrag angewendet werden, kann nur

---

1) KG MDR 1950, 287.

2) Hallstein SJZ 1946, 4.

3) ZZP 62, 2 und DGWR 1941, 121.

eine Folge dieses Umstandes sein, aber keine Begründung dafür. Solange die normative Wirkung von aGB nicht begründet ist, kann nur gesagt werden, daß sie vor einem einzelnen Vertragsschluß als Inhalt eines Vorvertrages "bestehen"; dann aber sind sie Vertragsbestimmungen und keine rechtlichen Regelungen.

### 3. Verwandte Rechtsbegriffe

a. Die normative Wirkung von aGB ist für Herschel im Rechtsleben nicht ohne Vorbild. So weist er darauf hin, daß Privatpersonen durch einen Tarifvertrag zwingende rechtliche Regelungen setzen können<sup>1)</sup>. Dabei übersieht Herschel, daß es eine dem § 1 TVVO entsprechende Ermächtigung für die Aufstellung von aGB nicht gibt.

Die "Unterwerfung" unter aGB macht nach Herschel ein sonst nicht anwendbares "Spezialgesetz" wirksam<sup>2)</sup> und gleicht damit der im Internationalen Privatrecht gebräuchlichen "Verweisung"<sup>3)</sup>: Diese führt etwa dazu, daß ein nach den Vorschriften der §§ 7 ff. EGBGB einem ausländischen Recht unterliegendes Rechtsverhältnis nach deutschem Recht zu beurteilen ist. Eine weitere Parallele sieht Herschel in dem Fall, daß Eheleute für einen Ehevertrag auf ausländisches Recht "verweisen"<sup>4)</sup>.

Hier wird wiederum das vorausgesetzt, was begründet werden soll. Denn nur wenn aGB rechtliche Regelungen sind, kann auf sie wie auf ein nach den Vorschriften des Internationalen Privatrechts nicht anwendbares Recht "verwiesen" werden. Daß aGB aber rechtliche Regelungen sind, hat Herschel lediglich behauptet.

---

1) Herschel DR 1942, 754.

2) Herschel DR 1942, 755.

3) Herschel DR 1941, 1728; derselbe DR 1942, 755 und DGWR 1942, 252; ebenso Eilles DGWR 1941, 121; dagegen Müllereisert DGWR 1942, 113 und Noerr S. 51.

4) Herschel DR 1942, 755.

b. Für Eilles ist "der Eintritt eines Partners in das fertig bereitliegende Rechtsordnungsgebäude ... eng vergleichbar dem Eintritt ... in das Rechtsinstitut einer Korporation, insbesondere in einen Verein"<sup>1)</sup>, durch den das neue Mitglied sogleich der Satzung unterworfen sei. Während aber der Verein eine "Korporation" ist, stehen "Kaufmann" und "Kunde" als einzelne nebeneinander. Dadurch, daß sie einen Vertrag schließen, entsteht keine Körperschaft. Es liegt also keine "vergleichbare" Erscheinung vor.

#### 4. Die "Unterwerfung"

Die Anhänger der "normativen Lehren" halten eine "Unterwerfung" des "Kunden" für notwendig, damit aGB wirksam werden<sup>2)</sup>. Eine rechtliche Regelung wirkt aber unabhängig vom Willen des ihr "Unterworfenen"<sup>3)</sup> auch gegen den Widerstrebenden. Daß eine "Unterwerfung" verlangt wird, spricht also gegen die "normativen Lehren".

Dies glaubt Eilles<sup>4)</sup> durch folgendes Argument entkräften zu können: Auch "die gesetzlichen Bestimmungen" warteten auf ihre "Verwirklichung durch Eintritt ihrer Voraussetzungen"; so bedürfe etwa § 433 BGB des Abschlusses eines Kaufvertrages, also einer Handlung von Privatpersonen. Wenn die Voraussetzungen aber niemals "verwirklicht" würden, so bleibe "es bei der Idee". Eilles übersieht dabei, daß dieses "Warten" auf den Eintritt der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen bei aGB auch nach der "Unterwerfung" noch erforderlich ist: so "wartet" etwa die Pfandklausel in Bank-aGB darauf, daß Wertpapiere des Kun-

---

1) Eilles DGWR 1941, 121 und ähnlich ZZP 62, 4.

2) Eilles ZZP 62, 4; Herschel DR 1941, 1727 und DR 1942, 754 f.; Kersting DR 1941, 1215.

3) BGHZ 17, 1 (2); Lukes, Kartellvertrag S. 17; Noerr S. 47.

4) Eilles DGWR 1941, 122.

den eingeliefert werden; die aGB "warten" also zweimal.

Daß das Recht nach Eilles "nur in der Idee" besteht, ist verfehlt, denn es besteht als Recht und ist daher wirksam. Die Ansicht von Eilles setzt voraus, daß ein Gesetz nur dann wirkt, wenn es Fälle gibt, auf die es anwendbar ist. Das ist nicht richtig; andernfalls würde ein Gesetz nicht durch den Gesetzgeber wirksam gemacht, sondern durch Privatpersonen, die die gesetzlichen Tatbestände erfüllen. Die §§ 433 ff. BGB wirken nicht deshalb, weil die Partner eines Kaufvertrages dies so wollen. Diese schließen den Vertrag nicht deshalb, um jene Vorschriften anwendbar zu machen. Dagegen bedürfen aGB nach Eilles einer zusätzlichen diesbezüglichen Willenserklärung, um wirksam zu werden.

Der Gegensatz zwischen Gesetz und aGB kann also durch die Argumente von Eilles nicht überbrückt werden.

##### 5. Die Rechtssetzungsbefugnis des "Kaufmanns"

Die Anerkennung der normativen Wirkung von aGB setzt voraus, daß der "Kaufmann" "Recht" setzen kann. Eine "autonome Rechtssetzung" bedarf einer staatlichen Ermächtigung<sup>1)</sup>; diese gibt es für aGB nicht<sup>2)</sup>.

Nach Haupt<sup>3)</sup> wird der Gesichtspunkt, daß dem "Kaufmann" die Zuständigkeit zur Aufstellung "objektiver Rechtsnormen" fehlt, "gelegentlich etwas vernachlässigt". Er zieht daraus jedoch keine Konsequenzen. Daß einseitig für eigene Angelegenheiten von ei-

---

1) Lukes, Kartellvertrag S. 13; vgl. zum sog. "Rechtsquellenkatalog" ausführlich Jacobi S. 78 ff. und 140.

2) Brandner AcP 162, 250; v. Brunn S. 75; Denecke in hGRK-BGB Einl. Anm. 9; Meeske BB 1959, 859; Sieg AcP 151, 253.

3) ZAKDR 1943, 87.

ner Privatperson geschaffene Regelungen als zwingende rechtliche Regelungen anerkannt werden, ist aber keine gelegentliche Vernachlässigung, sondern die bewußte Außerachtlassung des Umstandes, daß eine Ermächtigung fehlt.

Herschel hat versucht, eine solche Ermächtigung zu begründen. Nach ihm ist derjenige dazu "berufen, Schöpfer objektiven Rechts zu sein", der die Kraft hat, seinen Willen durchzusetzen<sup>1)</sup>. Das soll bei den "Schöpfern der Vertragsordnungen"<sup>2)</sup> der Fall sein. Daß dies eine Kapitulation vor wirtschaftlicher Macht ist, die abgelehnt werden muß, bedarf keiner näheren Darlegung. Für die Anhänger der "Autorität des Staates" liegt nach Herschel die Ermächtigung darin, daß der Staat den "Schöpfern der Vertragsordnungen" "durch Duldung" das Auftreten als Gesetzgeber erlaubt habe<sup>3)</sup>. Wie das stillschweigende Nichteinschreiten gegen aGB die Kraft einer positiven Ermächtigung haben kann, bleibt allerdings offen. "Geduldet" hat die Rechtsprechung, indem sie die Wirksamkeit von aGB auch in den Fällen bejahte, in denen ein Vertragsschluß nicht vorlag. Da das "dulden" Staatsorgan aber selbst zur Gesetzgebung berufen sein mußte, damit es wirksam "dulden" kann, müßte die Rechtsprechung gesetzliche Regelungen setzen dürfen. Das hat Herschel nicht begründet. Heute muß nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG die Ermächtigung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß in einem Gesetz niedergelegt sein.

Die von Manigk als Rechtsquelle anerkannte<sup>4)</sup> Privatautonomie ermächtigt nicht zur einseitigen Aufstellung zwingender rechtlicher Regelungen. Manigk selbst

---

1) Herschel DGWR 1942, 255.

2) "Vertragsordnung" ist Herschels Ausdruck für aGB.

3) Herschel DGWR 1942, 255 N. 32.

4) Manigk S. 64 und 90.

gesteht dem einzelnen die Fähigkeit, andere zu verpflichten, nur unter besonderen Voraussetzungen zu: Nach ihm<sup>1)</sup> bedarf jeder Rechtssatz der Ermächtigung durch die höhere Norm, um wirksam zu sein, das Rechtsgeschäft folglich einer solchen durch Gesetz. Das Gesetz aber verlangt in § 305 BGB für die Verpflichtung eines anderen einen Vertrag. Manigks Lehre von der rechtsschöpfenden Kraft der Privatautonomie kann also die Rechtssetzungsbefugnis des "Kaufmanns" nicht begründen. Die Richtigkeit dieser Auffassung braucht daher nicht untersucht zu werden<sup>2)</sup>.

Schließlich kann mit der von Otto von Gierke<sup>3)</sup> aufgestellten "genossenschaftlichen Theorie", nach der "jedes Vereinsstatut nicht bloß Rechtsverhältnisse, sondern Rechtssätze, die in einem Gemeinschaftskreise als objektives Recht gelten sollen", schafft, nicht begründet werden, daß aGB rechtliche Regelungen sind. Nach Gierke besteht die Autonomie nur für die inneren Verbandsangelegenheiten, nicht aber für die Rechtsverhältnisse der Mitglieder zu Dritten. Er selbst<sup>4)</sup> wehrt sich dagegen, daß seine Theorie als Begründung einer "normativen Lehre" von aGB herangezogen wird. "Innere Verbandsangelegenheiten" können aGB nur sein, wenn es einen "Kaufleute" und "Kunden" umfassenden Verband gibt. Das war auch im Dritten Reich nicht der Fall. Selbst bei dem am weitesten in der Organisation fortgeschrittenen "Stand", dem Reichsnährstand, vollzog sich nach Krause<sup>5)</sup> der Verkehr mit den Abnehmern außerhalb des "Standes". Daß ein solcher Verband heute nicht besteht, bedarf keiner Begründung. Die Lehre O.v. Gierkes braucht daher nicht näher erörtert zu werden.

---

1) Manigk S. 96 und 106 ff.

2) Gegen die Privatautonomie als Rechtsquelle etwa Lukes, Festschrift S. 477; Noerr S. 48; v. Tuhr II 1, S. 146.

3) S. 150.

4) aaO. N. 38; ähnlich Gerber AcP 37, 61 N. 27

5) DRW 1936, 306; ebenso Raiser, AGB S. 88.

Der Gedanke der Autonomie, welcher Art sie auch sei, kann also nicht begründen, daß aGB zwingende rechtliche Regelungen sind. Das Verhältnis zwischen "Kaufmann" und "Kunde" ist völlig von demjenigen der Verbandsangehörigen untereinander verschieden. Während diese dem Verband beitreten, weil sie seinen "Zweck" (vgl. §§ 21, 22 BGB) fördern wollen, stehen jene sich als Personen gegenüber, die einander entgegengesetzte Interessen vertreten.

#### 6. Einflüsse des Tatsächlichkeitsdenkens

Das Hauptargument Herschels<sup>1)</sup>, mit dem er letzte Zweifel zu beseitigen hofft, ist, daß die normative Wirkung von aGB eine "Gegebenheit unseres Rechtslebens" sei, die man anzuerkennen habe. Hier klingen Gedankengänge von Haupt an. Während Haupt<sup>2)</sup> de lege ferenda forderte, aGB durch Allgemeinverbindlicherklärung zu zwingenden Normen zu erheben, um so die "Fiktion" des Vertragsschlusses überflüssig zu machen, spricht Herschel Tatsachen die Kraft zu, "Normen" zu schaffen. Die Verbindlicherklärung macht nach seiner Ansicht aGB nicht erst zu "Normen", sondern verstärkt nur deren Wirkung<sup>3)</sup>. Wir finden hier also wieder das Bestreben, Tatsachen als "Normen" hinnehmen zu wollen, und damit einen Ausdruck des Tatsächlichkeitsdenkens.

Dies Denken steht auch hinter dem Satz Haupts<sup>4)</sup>, es sei "nutzlos ..., gegenüber der Tatsache der Geltung der AGB ... rechtstheoretische Einwendungen zu erheben".

---

1) Herschel DR 1942, 754; ähnlich DGWR 1942, 252.

2) Haupt, AGB S. 225.

3) Herschel DR 1942, 754 und DGWR 1942, 254.

4) Haupt aaO. S. 190.

Was tatsächlich geschieht und was rechtlich geschieht, ist aber zweierlei. Es geht nicht an, "Normen" kausal aus Tatsachen abzuleiten. Nach Herschel dagegen haben Tatsachen die Kraft, "Normen" zu schaffen. Diese Haltung kapituliert vor der Macht<sup>1)</sup>. In der Lehre Herschels kommen Bestrebungen zum Ausdruck, die damals allgemein herrschten. Im Dritten Reich, das bewußt die Macht über das Recht setzte, ist es kein Zufall, wenn dem bloß faktischen eine so große Kraft beigegeben wird<sup>2)</sup>.

#### 7. Parallele zur Anstaltsordnung

Für Siebert<sup>3)</sup> sind aGB dem Recht einer Anstaltsordnung<sup>4)</sup> ähnlich. Eine Anstalt ist nach der berühmten Definition Otto Mayers<sup>5)</sup> dazu bestimmt, in der Hand eines Trägers der öffentlichen Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen. Daß dies bei aGB weder bezüglich des Trägers noch hinsichtlich des Zwecks paßt, bedarf keiner näheren Darlegung. Wenn aGB und Anstaltsordnung ähnlich sind, müßte dies dazu führen, daß alle Rechtsstreitigkeiten, die aus zu aGB abgeschlossenen Verträgen entstehen, nicht vor die Zivil-, sondern vor die Verwaltungsgerichte gehören. Man kann annehmen, daß Siebert dies erkannt hat. Wenn er trotzdem aGB mit dem Anstaltsrecht, also einem Begriff des öffentlichen Rechts, vergleicht, so liegt darin, daß er im Dritten Reich entsprechend der damals herrschenden Auffassung den Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht leugnet. Das spricht er auch selbst aus<sup>6)</sup>

---

1) Noerr S. 41.

2) Noerr S. 42.

3) Siebert DR 1941, 1932.

4) Der von Siebert aaO. verwendete Ausdruck "Anstaltsnutzung" ist wohl ein Druckfehler.

5) S. 268.

6) Siebert DR 1944, 5.

und deutet an, daß sich die Grenze zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Streitigkeit mehr und mehr verwische<sup>1)</sup>.

#### 8. Großmann-Doerth

In seinem 1933 gehaltenen Universitätsvortrag nennt Großmann-Doerth aGB "selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft"<sup>2)</sup>, eine Bezeichnung, die er ähnlich schon früher<sup>3)</sup> und auch später wieder<sup>4)</sup> für aGB verwendet hat.

Die Berechtigung dieses Ausdrucks begründet Großmann-Doerth mit folgenden Erwägungen: Zwar bedürften aGB, um wirksam zu werden, der Vereinbarung durch die Parteien. Dieser Gegensatz zum staatlichen Recht dürfe aber nicht zu hoch eingeschätzt werden: Die hinter aGB stehenden "gesellschaftlichen Mächte" sorgten dafür, daß der zu dieser Vereinbarung erforderliche Parteiwille "sich zur Verfügung stellt"; jene Vereinbarung sei nämlich weithin nur "reine Formsache"<sup>5)</sup>. Eine weitere Parallele zum staatlichen Recht erblickt Großmann-Doerth darin, daß aGB, besonders Verbands-aGB, eine von dem Willen der Einzelvertragsparteien unabhängige, das Vertragsverhältnis von außen bestimmende Macht seien<sup>6)</sup>. Die Gleichsetzung von aGB und Gesetz rechtfertigt sich daher für ihn aus der "Gleichheit der gesellschaftlichen Stellung"<sup>7)</sup>, eine Begründung, deren soziologischer Ursprung offenbar ist. Insoweit gilt für Großmann-Doerth das gegen

---

1) aaO. S. 11.

2) Vgl. den Titel des Vortrags.

3) In JW 1929, 3447 und JW 1930, 3724 spricht er von "autonomem Recht".

4) Großmann-Doerth, Andienung S. 61 ff.

5) Großmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht S. 5.

6) Großmann-Doerth aaO. S. 6.

7) Großmann-Doerth ebenda.

diese Argumentationsweise bereits Ausgeführte<sup>1)</sup>.

Man wird Großmann-Doerth nicht gerecht, wenn man ihm vorwirft, die Gleichsetzung von aGB und staatlichem Recht sei eine Kapitulation vor wirtschaftlicher Macht. Seine Schrift ruft zum "Kampf" gegen das "Willkürrecht"<sup>2)</sup> der aGB auf, das Großmann-Doerth mit scharfen Worten geißelt.

Durch die Bezeichnung von aGB als "selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft" will er den Gegensatz zur staatlichen Rechtsordnung überwinden<sup>3)</sup>. Das soll dadurch erreicht werden, daß der Staat dem zuvor von ihm bereinigten "Recht" der aGB durch Allgemeinverbindlicherklärung normative Wirkung verleiht<sup>4)</sup>. Dieser Ruf nach staatlicher Hilfe ist überraschend. Großmann-Doerth selbst hat andere Möglichkeiten angedeutet, wie gegen das "Willkürrecht" vorgegangen werden kann. So spricht er davon, daß er eine Erweiterung des Begriffes "Recht" vorgenommen habe<sup>5)</sup>. Warum tut er dies, anstatt aGB als das aufzufassen, was sie bisher dem Namen nach stets gewesen sind, nämlich dazu bestimmt, Bestandteile von Willenserklärungen zu werden? Dann hätte er sie nach den §§ 116 ff. BGB beurteilen und da, wo ein Wille des "Kunden" in Wahrheit nicht vorhanden, sondern vom "Kaufmann" nur "unterschoben" ist<sup>6)</sup>, die Wirksamkeit einer solchen "Vereinbarung" verneinen können. Es wäre dann auch möglich, aGB wegen Verstoßes gegen den "Grundsatz der Vertragsfreiheit"<sup>7)</sup> als unwirksam zu behandeln.

---

1) Vgl. oben S. 13, 45 und 53.

2) Großmann-Doerth aaO. S. 13, 14 und öfter.

3) Großmann-Doerth aaO. S. 25.

4) Großmann-Doerth aaO. S. 26.

5) Großmann-Doerth aaO. S. 5.

6) Wie es nach Großmann-Doerth aaO. S. 9 f. die Banken in den Pfandklauseln ihrer aGB tun.

7) Großmann-Doerth aaO. S. 12; ähnlich AcP 147, 7.

Großmann-Doerth hätte also ein Eingreifen des Staates nicht zu fordern und aGB mit dem Gesetz nicht gleichzusetzen brauchen.

Diese Gleichsetzung ist andererseits aber notwendig für die von Großmann-Doerth geforderte staatliche Einflußnahme. Dazu wurde er gedrängt durch sein Vertrauen in den neuen <sup>1)</sup> deutschen Staat: Dieser Staat steht nach Ansicht Großmann-Doerths der Wirtschaft frei gegenüber, die wichtigen Verbände sind ausnahmslos in seiner Hand und seine Führer "von dem Willen beseelt, dem deutschen Volke die gerechte Lebensordnung zu verschaffen" <sup>2)</sup>.

Großmann-Doerth leitete damit eine Entwicklung ein, die sich immer mehr gegen den Vertrag wandte und ihn zugunsten hoheitlicher "Ordnung" zurückdrängte. In seiner Schrift macht sich zum ersten Mal der Einfluß des Dritten Reiches auf die "normativen Lehren" bemerkbar. Großmann-Doerth führt damit die lange Reihe juristischer Schriftsteller an, welche die "normativen Lehren" entsprechend der damals herrschenden "Weltanschauung" zu begründen versuchten.

### III: Zusammenfassung

Die im Vorstehenden wiedergegebenen Begründungen haben sich sämtlich als unhaltbar erwiesen. Sie sind zum Teil so leicht zu widerlegen, daß Pagenstecher <sup>3)</sup> einen ganzen Katalog von Fragen aufzählen kann, auf welche die "normativen Lehren" seiner Ansicht nach keine Antwort zu geben wissen. Die Vermutung liegt nahe, daß hier ein gewünschtes Ergebnis unter allen

---

1) Der Vortrag wurde am 11.5.1933 gehalten.

2) Großmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht S. 27.

3) S. 142 f.

Umständen und mit allen nur irgendwie zur Verfügung stehenden Argumenten gestützt werden sollte.

Das wird dadurch bestätigt, daß das Reichsgericht in seinem Urteil vom 31. Januar 1941 eine Stellungnahme zu "normativen Lehren" im Ergebnis gar nicht nötig hatte. Es heißt dort<sup>1)</sup>, daß die Klägerin bei der Beklagten "gemäß ihrem Antrag" versichert war. Die in diesem Prozeß streitigen aGB mußten also keine "Rechtsordnung" sein, damit das Reichsgericht ihre Wirksamkeit bejahen konnte. Um das Anfechtungsrecht des "Kunden" wegen Inhaltsirrtums auszuschließen, hätte das Reichsgericht nur die Grundsätze heranzuziehen brauchen, die es selbst für die Unterzeichnung ungelesener Urkunden herausgearbeitet hatte<sup>2)</sup>. Aus diesen Gründen ist Pagenstecher der Meinung<sup>3)</sup>, das Reichsgericht habe die normative Wirkung von aGB nicht uneingeschränkt bejaht.

Namentlich in den Argumentationen von Großmann-Doerth, Herschel und Siebert sind aktuelle politische Bezüge deutlich erkennbar. Herschel muß zugeben, daß "mit logischen Beweisgründen den objektiven Charakter der Vertragsordnung zwingend darzutun", unmöglich sei; es handle sich überwiegend um eine "Anschauungsfrage"<sup>4)</sup>. Die Vermutung liegt nahe, daß es sich bei dieser "Anschauung" um eine Doktrin handelt, die damals das rechtswissenschaftliche Schrifttum faszinierte, nämlich um die durch Carl Schmitt begründete Lehre vom "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken". Auf dieser Linie liegt es, wenn auch

---

1) RG DR 1941, 1211.

2) Vgl. neben der Darstellung bei Raiser, AGB S. 245 f. noch folgende Urteile: RGZ 62, 201 (205); RGZ 88, 278 (282); RG Gruchot 33, 1167 (1171).

3) Pagenstecher S. 39 N. 12 und S. 139.

4) Herschel DR 1942, 754.

das Reichsarbeitsgericht<sup>1)</sup> in einem Fall, der sich allein aus dem Gesetz<sup>2)</sup> hätte lösen lassen, darauf abstellte, ob in dem betreffenden Betrieb "konkrete Ordnungen erwachsen sind". Dieses Urteil ähnelt demjenigen des Reichsgerichts vom 31. Januar 1941, das auf die normative Wirkung von aGB nicht hätte abstellen müssen.

Es soll daher im folgenden untersucht werden, ob jene Lehre von Carl Schmitt als Begründung für die "normativen Lehren" herangezogen werden kann. Dafür ist zunächst die Theorie vom "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" darzulegen und sodann zu untersuchen, ob sich in den "normativen Lehren" Punkte feststellen lassen, die von jener Auffassung Carl Schmitts beeinflusst sind.

- 
- 1) ARS 33, 172 (176) aus dem Jahre 1938; diese Rechtsprechung wurde fortgeführt durch die Urteile RAG ARS 40, 363 (364) und ARS 41, 36 (42). Herschel - Soziale Praxis 1941, 51 - leugnet, daß die Meinung des RAG von der Lehre C. Schmitts beeinflusst sei. Im Sinne des Textes aber Dahm, Deutsches Recht (1944) S. 94. Für diese Annahme kann angeführt werden, daß das RAG von "konkreter Ordnung" nur in Fällen spricht, auf die das AOG anwendbar ist; dies ergibt sich aus dem Urteil ARS 38, 252 (255). Im AOG aber ist nach C. Schmitt - Drei Arten S. 64 - das neue "Ordnungsdenken" "am klarsten" zum Ausdruck gekommen.
- 2) Die aus § 2 Abs. 2 AOG folgende Treu- und Fürsorgepflicht hätte das vom RAG gewonnene Ergebnis hinreichend begründet; so auch Hueck ARS 33, 180.

§ 9: Überblick über die Rechtslehre des Dritten  
Reiches

I: Die Lehre Carl Schmitts vom "konkreten Ordnungs-  
und Gestaltungsdenken"

C. Schmitt unterscheidet "drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens"<sup>1)</sup>: Während das "normativistische Denken" im "Recht" nur die objektive, unpersönliche Regel erblicke<sup>2)</sup>, sei für das "dezisionistische Denken" Quelle des "Rechts" die "Souveränität einer letzten Entscheidung"<sup>3)</sup>. Das von C. Schmitt befürwortete "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" sieht das "Recht" in der "konkreten eigenen, inneren Ordnung" gewisser "Institutionen"<sup>4)</sup> und faßt die "Regel" nicht als Grund, sondern als Mittel der "Ordnung" auf, die im Rahmen dieser "Ordnung" eine gewisse, aber nur "regulierende Funktion"<sup>5)</sup> habe.

Nach C. Schmitt hat jedes rechtswissenschaftliche oder philosophische System als "letzte Vorstellung vom Recht entweder eine Norm oder eine Dezision oder eine Ordnung"<sup>6)</sup>. Für ihn ist das Vernunftrecht des 17. und 18. Jahrhunderts teils Normativismus und teils Dezisionismus<sup>7)</sup>, die Lehre von Hobbes dagegen der "klassische Fall dezisionistischen Denkens"<sup>8)</sup>.

"Rechtswissenschaftliches Ordnungsdenken" bzw. "konkretes Ordnungsdenken" sind das aristotelisch-thomistische Naturrecht des Mittelalters<sup>9)</sup>, die luther-

---

1) C. Schmitt, Drei Arten S. 7 f.

2) C. Schmitt aaO. S. 13.

3) C. Schmitt aaO. S. 25.

4) C. Schmitt aaO. S. 20.

5) C. Schmitt aaO. S. 13.

6) C. Schmitt aaO. S. 7.

7) C. Schmitt aaO. S. 7.

8) C. Schmitt aaO. S. 27.

9) C. Schmitt aaO. S. 7.

rische Lehre von den "natürlichen Schöpfungsordnungen"<sup>1)</sup> und Hegels Rechts- und Staatsphilosophie<sup>2)</sup>. Nur das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" ist nach C. Schmitt schließlich den "neuen Aufgaben der ... weltanschaulichen Lage" gewachsen, entspricht der neu aufgebauten politischen Einheit<sup>3)</sup> und kann den "Führergrundsatz" verstehen<sup>4)</sup>.

Das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" besagt folgendes<sup>5)</sup>: Bestimmte Lebensgebiete sind "institutionell gestaltet"; sie haben "eine eigene rechtliche Substanz". Die "Regel" ist nur ein "Ausfluß" der konkreten inneren Ordnung des betreffenden Lebensgebietes. Der Gesetzgeber ist gehalten, diese "konkreten Ordnungen" entweder zu übernehmen oder aber die Institution zu zerstören.

Beispiele solcher institutionell gestalteter Lebensgebiete sind für C. Schmitt<sup>6)</sup> Ehe, Familie, Stand, die Beamten eines Staates, die Geistlichen einer Kirche und die Betriebsgemeinschaft.

## II: Das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" in der Rechtslehre des Dritten Reiches

Das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" von C. Schmitt ist Ausdruck und "innere Begründung"<sup>7)</sup> für die zur Zeit des Nationalsozialismus herrschenden Rechtsauffassungen. Es ist daher notwendig, diese

---

1) C. Schmitt aaO. S. 42 (Hervorhebung bei Carl Schmitt).

2) C. Schmitt aaO. S. 45.

3) C. Schmitt aaO. S. 67.

4) C. Schmitt aaO. S. 63; ähnlich derselbe DR 1934, 227 f.

5) C. Schmitt aaO. S. 20.

6) C. Schmitt aaO. und S. 64.

7) Molitor S. 18.

Lehren, soweit sie für das Privatrecht Bedeutung haben, kurz darzustellen<sup>1)</sup>.

Für das sogenannte "völkische Rechtsdenken" war "die Gemeinschaft" der Ausgangspunkt allen Lebens und allen Rechts. Es gab keine gemeinschaftsfreie Sphäre<sup>2)</sup>; der einzelne war auch in seinem privaten Bereich in die Gemeinschaft eingegliedert. Die Gemeinschaft ermöglichte erst seine Existenz und wies ihm den Platz zu, an dem er sich entfalten konnte. Der einzelne war also "gemeinschaftsbezogen" und "gemeinschaftsgebunden"; die Gemeinschaft war das primäre Element, aus dem alles entstand und auf das alles zurückgeführt werden mußte.

Aus dieser Rechtslehre wurden vor allem drei Folgerungen gezogen, welche die "normativen Lehren" beeinflussen haben.

1. Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht wurde geleugnet; beide Rechtsgebiete wurden vermengt<sup>3)</sup>. Es gab nur noch "Gemeinschaftsrecht"<sup>4)</sup>. Schweers<sup>5)</sup> gab dem öffentlichen Recht eindeutig den Vorrang.

---

1) Vgl. dazu etwa Eckhardt DRW 1936, 7 ff.; Klausning DNotZ 1936, 454; Lange, Schuldrecht S. 47 und Gesetzesstaat S. 20 und 26 ff.; Lange hat die hier gebrauchten Formulierungen später - Entwicklung passim - teilweise abgeschwächt; Larenz, Gegenstand passim; Rechtserneuerung S. 5, 9, 35, 40; DR 1935, 488 ff.; DRW 1936, 31 ff.; Siebert DRW 1936, 23 ff. und DR 1944, 5 f.

2) Lange, Gesetzesstaat S. 30.

3) Schnorr v. Carolsfeld DJZ 1935, 1477; Siebert DR 1941, 1513 und DR 1944, 5; zahlreiche Beispiele bei v. Hippel S. 33 ff.

4) Huber ZStW 98, 314.

5) S. 57, 59.

2. Ebenso wurde der Unterschied zwischen Gesetz und subjektivem Recht nicht mehr anerkannt und demgegenüber die neue Einheit des "völkischen" Rechtsbegriffes betont. Das "Recht im objektiven Sinn" war jetzt "die völkische Lebenswirklichkeit als konkret gestaltete Ordnung"<sup>1)</sup>, und das subjektive Recht war abgelöst durch den Begriff der Rechtsstellung, die von der Gemeinschaft her ihren Gehalt bekam. Da das subjektive Recht nur der Ausdruck der "völkischen Lebenswirklichkeit" war, gesehen vom einzelnen aus, war das "subjektive" Recht gleich dem "objektiven" Recht im herkömmlichen Sinne. Der privatrechtliche Anspruch war nicht mehr "Zentralbegriff" bzw. "Grundbegriff" der privatrechtlichen Betrachtungsweise<sup>2)</sup>; an seine Stelle trat eine Pflichtenordnung. Aus subjektiven Rechten wurden Pflichten, nämlich Gemeinschaftspflichten.

3. Hand in Hand mit dieser Zurückdrängung des subjektiven Rechts gingen die Bestrebungen, den Vertrag als Ausdruck privater Freiheit und Mittel persönlicher Lebensgestaltung aufzugeben. So wurde etwa gesagt, der Vertrag sei kein privatrechtliches Institut im bisherigen Sinne mehr<sup>3)</sup>, er sei vielmehr ein "Mittel zur näheren Ausgestaltung der Gemeinschaftsordnung"<sup>4)</sup>, das die Beteiligten nur insoweit selbständig handhaben könnten, als die "völkische Ordnung" ihnen dazu Raum lasse<sup>5)</sup>.

Kennzeichnend für diese Entwicklung war der im Jahre 1942 veröffentlichte Entwurf eines "Volksgesetzbuches", in dem es hieß, daß der Vertrag "als Mittel sinnvoller Verteilung der Güter" anerkannt werde (Grundregel

---

1) Larenz DRW 1936, 39; ähnlich Siebert DR 1944, 5.

2) Schweers S. 57; Siebert DRW 1936, 23.

3) Huber ZStW 95, 63.

4) Larenz DR 1935, 490.

5) Larenz aaO. S. 491.

12 Satz 2) und daß die Rechte "nach den anerkannten Grundsätzen des völkischen Gemeinschaftslebens" ausgeübt werden müßten (Grundregel 16 Satz 1)<sup>1)</sup>. Schon früher hatte Brandt<sup>2)</sup> verlangt, daß sich "jeder Vertrag der völkischen Ordnung einfügen" müsse.

Schnorr v. Carolsfeld verstand unter "Rechtsgeschäft" nur solche Tatbestände, "die ... von der Rechtsordnung mit den Wirkungen ausgestattet sind, die in allgemeiner Richtung dem Willen der Parteien, in den Einzelheiten dem Wohl der Allgemeinheit und dem Rechtsgefühl entsprechen"<sup>3)</sup>. In dieser Äußerung kommt besonders deutlich zum Ausdruck, wie pervertiert der Begriff des Rechtsgeschäfts nach der Auffassung des "völkischen Rechtsdenkens" ist.

Der Kampf gegen den Vertrag ist nicht immer mit lauterer Mitteln geführt worden. Dies zeigt sich darin, daß von der "individualistischen Grundhaltung" der "bisherigen Systematik"<sup>4)</sup> oder von individualistischem Vertragsdenken<sup>5)</sup> gesprochen wird. In dem Wort "individualistisch" liegt ein tendenziöser und polemischer Akzent; er setzt sich mit dem abgelehnten Begriff nicht sachlich auseinander, sondern macht dessen Verteidigung von vornherein suspekt. Der richtige Ausdruck wäre "individuell" gewesen.

4. Die in der soeben skizzierten "Rechtslehre" liegende Negation der bisherigen analytischen juristischen Methodik und damit der juristischen Dogmatik überhaupt wurde vor allem durch die sog. "Kieler

---

1) Vgl. die Textwiedergabe bei Hedemann.

2) DRW 1940, 81.

3) Schnorr v. Carolsfeld DJZ 1935, 1477.

4) Siebert DRW 1936, 24; in DR 1944, 6 spricht Siebert von "einer entarteten liberalistischen Auffassung"; siehe auch Höhn S. 9.

5) C. Schmitt, Drei Arten S. 50 und 64.

Schule" vertreten und als "Ganzheitsdenken" bezeichnet. In der Ablehnung der juristischen Dogmatik liegt aber zugleich die Verneinung des Rechts.

5. Die nationalsozialistische "Rechtstheorie" berührt vor allem zwei Argumente, die den "normativen Lehren" oben<sup>1)</sup> entgegengehalten worden sind.

a. Die gegen Siebert aufgestellte These, er vermenge privates und öffentliches Recht, wenn er aGB mit Anstaltsordnungen vergleiche, erscheint aus der Sicht der soeben dargelegten Lehren nicht mehr stichhaltig: Da das neue "Gemeinschaftsrecht" diese Unterscheidung nicht mehr kannte, kann aus ihrer Mißachtung kein Argument hergeleitet werden.

b. Auch der Hinweis darauf, die "normativen Lehren" hätten eine Rechtssetzungsbefugnis des "Kaufmanns" nicht begründet, ist nicht mehr uneingeschränkt überzeugend. Wenn der Unterschied zwischen "objektivem" und "subjektivem" Recht verschwimmt, der Vertrag zurückgedrängt und das Gesetzesrecht verneint ist, dann kommt es auf eine Ermächtigung zur Rechtssetzung nicht an.

### III: Das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" als Rechtsquellenlehre

Die bisherigen Darlegungen haben also gezeigt, daß mit der Lehre C. Schmitts zwei Argumente gegen die "normativen Lehren" überwunden sind. Wenn darüber hinaus mit der Lehre C. Schmitts begründet werden soll, daß aGB rechtliche Regelungen sind, setzt das zunächst voraus, daß das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" eine Rechtsquellenlehre ist.

---

1) Vgl. S. 61 ff.; 67 f.

Das ist zwar behauptet<sup>1)</sup>, aber auch entschieden verneint worden<sup>2)</sup>. Dannbeck<sup>3)</sup> erblickt in dem "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" keine Rechtsquellenlehre; in ihm seien aber Rechtslehre und Rechtsquelle wechselseitig verknüpft, dem "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" sei eine "ganz bestimmte" Rechtsquellenlehre zugeordnet.

Das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" ist keine Rechtsquellenlehre, weil es zwischen dem "Recht" und seinem Entstehungsgrund nicht unterscheidet. Die "Ordnung" stellt die "Substanz" des "Rechts" dar, d. h. dessen "Gehalt" gegenüber der "Regel" als äußerer Form. "Ordnung" und "Recht" sind damit zumindest teilweise identisch. Die "Ordnung" bedarf allerdings noch der "Gestaltung".

Wendungen wie: "Die Regel (ist) nur ein Bestandteil und ein Mittel der Ordnung. ... Die Norm oder Regel schafft nicht die Ordnung; sie hat vielmehr nur auf dem Boden und im Rahmen einer gegebenen Ordnung eine gewisse regulierende Funktion"<sup>4)</sup> legen es aber nahe, in dem "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" eine Rechtsquellenlehre zu erblicken, zumal C. Schmitt<sup>5)</sup> die generellen Regeln nur als "Ausfluß" der

---

1) Eichler ZAKDR 1937, 562; Maunz, Deutsches Verwaltungsrecht 1937, 45; ähnlich derselbe ZAKDR 1937, 683 und ZStW 95, 323.

2) Schwinge-Zimmerl S. 25, die auf S. 26 von "höchst gefährlichen" Auswirkungen des so verstandenen Ordnungsdenkens sprechen; vermittelnd Staudinger-Weber, 10. Auflage, Anm. 261 zu § 242; Klausung ZAKDR 1939, 116 sieht darin ein - allerdings sehr wesentliches - methodisches Hilfsmittel der Rechtskenntnis.

3) ZAKDR 1938, 811.

4) C. Schmitt, Drei Arten S. 13.

5) aaO. S. 20; ähnlich DR 1934, 228.

"Substanz" der "konkreten ... inneren Ordnung" auf-  
faßt.

C. Schmitt ist auch zur damaligen Zeit so verstanden  
worden. Siebert<sup>1)</sup> sieht es als Aufgabe der Rechts-  
wissenschaft an, das Recht zu finden, das in den  
"Ordnungen und Gemeinschaften innerhalb der Volks-  
gemeinschaft ... wächst". Bei Meinhof heißt es: "Wir  
müssen uns hüten, das sachlich vorhandene Recht kon-  
struieren zu wollen. Es kann nicht erdacht, sondern  
nur entdeckt werden. Es folgt eigenen, in ihm lie-  
genden Gesetzmäßigkeiten, wie Carl Schmitt richtig  
erkannt hat"<sup>2)</sup>. Wenn Dannbeck<sup>3)</sup> "Ordnung" und "Norm"  
als gleichgeordnet ansieht, so kann das nicht darüber  
hinwegtäuschen, daß für ihn eben doch die "Ordnung"  
(sei es anstatt oder neben der "Norm") eine Rechts-  
quelle ist.

#### § 10: Die "normativen Lehren" und das "konkrete Ord- nungs- und Gestaltungsdenken"

##### I: "Konkrete Ordnungen" in der Wirtschaft

Zur Untersuchung der Frage, ob aGB vom "konkreten  
Ordnungs- und Gestaltungsdenken" als rechtliche Rege-  
lungen aufgefaßt werden können, ist weiter zu klären,  
ob es da, wo aGB verwendet werden, solche "konkreten  
Ordnungen" gibt.

---

1) DRW 1936, 205.

2) Meinhof JW 1935, 3077; der Hinweis auf Carl Schmitt  
bezieht sich auf dessen Schrift "Die drei Arten  
des rechtswissenschaftlichen Denkens".

3) aaO. S. 810.

## 1. Die "Betriebsgemeinschaft"

Das scheint zunächst für die von C. Schmitt als Beispiel einer "konkreten Ordnung" genannte "Betriebsgemeinschaft"<sup>1)</sup> der Fall zu sein. Dieser "Begriff" hat jedoch mit aGB nichts zu tun. Die "konkrete Ordnung des Betriebes" regelt die innerbetrieblichen Verhältnisse; sie umfaßt "Führer" und "Gefolgschaft" des Betriebes<sup>2)</sup>, die zur Förderung des Betriebszweckes zusammenarbeiten<sup>3)</sup>. Die aGB betreffen dagegen die Beziehungen zwischen dem "Kaufmann" und seiner Kundschaft.

## 2. Der "Stand"

Für die zur Zeit des Dritten Reiches herrschende neuständische Auffassung war "Stand" eine sich auf geistig-beruflicher Gliederung aufbauende gesellschaftliche Gruppenbildung; das gesellschaftliche Ganze war dabei eine "von oben her auszugliedernde, nach Beruf und Leistung sinnvoll abzustufende, geistige Ordnung"<sup>4)</sup>.

a. Diese "Abstufung" und "Ausgliederung" wurde im Dritten Reich durch das Gesetz zur Vorbereitung des organischen Aufbaus der deutschen Wirtschaft vom

---

1) aaO. S. 64.

2) Diese neuen Bezeichnungen hatte das AOG eingeführt; der "Betriebsführer" war nicht notwendig mit dem Arbeitgeber und dem Unternehmer identisch.

3) Zur Betriebsgemeinschaft Siebert DRW 1936, 220 f.

4) Großer Brockhaus, Stichwort "Stand", 1934. Dieser Abschnitt fehlt in der Neuauflage (1957). Dort wird bei "Ständestaat" ein kurzer historischer Abriss über die Zeit des Nationalsozialismus gegeben.

27. Februar 1934<sup>1)</sup> durchgeführt. § 1 Ziff. 2 dieses Gesetzes verlieh dem Reichswirtschaftsminister das Recht, Wirtschaftsverbände zu bilden, und berührte sich hierin mit dem Gesetz vom 15. Juli 1933<sup>2)</sup>, das die Errichtung von Zwangskartellen ermöglichte.

Zur Ausführung des Gesetzes vom 27. Februar 1934 erging am 27. November 1934 eine Durchführungsverordnung<sup>3)</sup>. Sie teilte die gewerbliche Wirtschaft in sechs Reichsgruppen - Industrie, Handwerk, Handel, Banken, Versicherungen und Energiewirtschaft - ein (§ 2 Abs. 1 aaO.). Die Reichsgruppe Industrie war weiter in Hauptgruppen gegliedert; diese sowie die übrigen Reichsgruppen waren in Wirtschaftsgruppen unterteilt, die sich nach Bedarf weiter in Fachgruppen und Fachuntergruppen aufteilten (§ 2 Abs. 2 aaO.). Daneben bestand eine regionale Gliederung nach Wirtschaftsbezirken (§ 3 Abs. 1 und 2 aaO.).

Ähnlich war die Entwicklung auf dem Gebiete des Verkehrs, wo durch die zweite Durchführungsverordnung vom 25. September 1935<sup>4)</sup> das Verkehrsgewerbe in sieben Reichsverkehrsgruppen eingeteilt wurde, die sich weiter in Fachgruppen und Fachuntergruppen gliederten<sup>5)</sup>.

Den Hauptfall einer ständischen Gliederung stellte der Reichsnährstand dar<sup>6)</sup>. Hier war eine einheitliche, Erzeuger, Verarbeiter und Verteiler umfassende Markt-

---

1) RGBl. I, S. 185.

2) RGBl. I, S. 488 f.

3) RGBl. I, S. 1194 ff.

4) RGBl. I, S. 1169 ff.

5) So gab es z.B. die Reichsverkehrsgruppe Spedition und Lagerei, Fachgruppe Spedition, Fachuntergruppe Kraftwagenspedition.

6) Reichsnährstandsgesetz vom 13.9.1933, RGBl. I, S. 626, nebst zahlreichen Ausführungsverordnungen.

ordnung entstanden, zu deren Sicherung eine große Zahl von Verordnungen erlassen würde<sup>1)</sup>.

b. In diesen Beispielen kommt zum Ausdruck, daß die deutsche Wirtschaft im Dritten Reich ständisch gegliedert war. Hierdurch wurde sie unmittelbar in den Staatsaufbau eingefügt, und der Staat konnte sie besser führen<sup>2)</sup>. Die "Stände" waren zwar nicht freigewachsen, sondern durch den Staat geschaffen worden. Das widersprach aber dem "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" nicht, da eine "Ordnung" auch durch "schöpferischen Führerwillen" gestaltet werden konnte<sup>3)</sup>. Auch C. Schmitt nennt neben natürlichen Ordnungen wie Ehe und Familie andere, die - wie die Beamtenschaft eines Staates - durch staatliche Maßnahmen gebildet worden sind.

c. Für aGB kommt es nun darauf an, ob sie "Ausflüsse" dieser "konkreten Ordnungen" waren. Diese Frage muß bejaht werden. Am deutlichsten ist dies bei den unzähligen Bedingungen für den Verkehr mit landwirtschaftlichen Produkten zu erkennen. Der Reichsnährstand betrachtete es als seine Aufgabe als "Stand", eine einheitliche Marktordnung zu verwirklichen. Hervorragendes Mittel zur Vereinheitlichung waren aGB. Sie mußten daher "wesensmäßig" als "Ausfluß" des "Standes" angesehen werden, waren also "objektiv geltendes Ständerecht"<sup>4)</sup>.

---

1) Vgl. die Nachweise bei Haupt, AGB S. 209 Note 29; Krause DRW 1936, 305 spricht die aGB des Reichsnährstandes als "Normen" an.

2) Haupt, AGB S. 207.

3) Larenz DRW 1936, 36.

4) Krause DRW 1936, 306; nach Krause verdrängen und ersetzen die aGB des Reichsnährstandes entgegenstehende Parteivereinbarungen.

In der Organisation der gewerblichen Wirtschaft waren ständische Organe noch nicht vorhanden. Daran lag es auch, daß wichtige Maßnahmen der Vereinheitlichung von staatlichen Stellen getroffen wurden, wie die Verbindlicherklärung der ADSP durch den Reichsverkehrsminister<sup>1)</sup> sowie die der AKB und AKHB durch den Präsidenten des Reichsaufsichtsamtes für Privatversicherung<sup>2)</sup>. Auch in der gewerblichen Wirtschaft sollte aber wirkliches, ständisches Leben entstehen<sup>3)</sup>. Die neu geschaffenen Wirtschaftsgruppen und Zwangskartelle, die an die Stelle der früher freien Verbände getreten waren, übernahmen die von diesen aufgestellten aGB<sup>4)</sup>. Auch diese "alten" aGB konnten deshalb als "Ausflüsse" der neuen "Stände", also von "konkreten Ordnungen", betrachtet werden.

### 3. Das "Unternehmen"

Damit steht zunächst für die ehemaligen Verbands-aGB fest, daß das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" deren normative Wirkung begründen konnte. Wenn dies auch für solche aGB, die ein einzelner "Kaufmann" für die Geschäftsbeziehungen mit seinen "Kunden" aufgestellt hatte, der Fall sein sollte, so mußte das "Unternehmen" selbst eine "konkrete Ordnung" sein.

Diese Auffassung ist auch vertreten worden. Siebert<sup>5)</sup> faßte das "Unternehmen" als "unterste Stufe und letzte Einheit der völkischen Wirtschaftsordnung", als "lebendigen Organismus" auf. Eine ähnliche Formulie-

---

1) Anordnung vom 29.12.1939.

2) Anordnung vom 2.1.1941.

3) Kühn AöR 66, 336.

4) Vgl. dazu Wieacker, System S. 18 u. 19 und derselbe DRW 1937, 3.

5) DRW 1936, 225.

rung findet sich noch heute bei Dahm. Nachdem er 1951 Unternehmen, Betrieb und Bauernhof als "vorgegebene Sach- und Lebenseinheiten" bezeichnet hatte<sup>1)</sup>, nennt er heute den Betrieb eine "konkrete Ordnung", die ihr "inneres Gesetz in einem der positiven Rechtsordnung und namentlich dem staatlichen Gesetz vorgeordneten Sein" habe<sup>2)</sup>. Das erinnert an Dahms Formulierung aus dem Jahre 1944, daß im Betrieb "die vorgegebene Ordnung unmittelbar und unabhängig von gesetzlicher Regelung wirksam" werde<sup>3)</sup>.

Für Siebert waren "Unternehmen" und "Betrieb" eine Einheit<sup>4)</sup>. Da C. Schmitt in der "Betriebsgemeinschaft" eine "konkrete Ordnung" erblickte, mußte dies auch für das "Unternehmen" der Fall sein. War das "Unternehmen" eine "konkrete Ordnung", so konnte auch das Ziel der nationalsozialistischen Wirtschaftsplanung, das "Unternehmen" als ein in sich geordnetes Ganzes erscheinen zu lassen, dem auch die "Kunden" organisch verbunden waren<sup>5)</sup>, leichter erreicht werden.

#### 4. Ergebnis

AGB als Mittel der ständisch gegliederten Wirtschaft waren daher "Ausflüsse" "konkreter Ordnungen" im Sinne C. Schmitts und somit rechtliche Regelungen. Sie waren also für die "Kunden" ohne weiteres wirksam, wenn diese Mitglieder des "Standes" bzw. "Unterneh-

---

1) Dahm, Deutsches Recht (1951) S. 32.

2) Dahm, Deutsches Recht (1963) S. 31.

3) Dahm, Deutsches Recht (1944) S. 94.

4) Siebert DRW 1936, 225 f.

5) Vgl. dazu Haupt, AGB S. 227; Danielcik JW 1936, 2041.

mens" waren. Dies war zwar weithin beim Reichsnährstand der Fall, sofern es sich nicht um den Verkehr mit Endverbrauchern handelte. In der gewerblichen Wirtschaft standen die "Kunden" jedoch außerhalb der "konkreten Ordnungen". Daher war hier eine "Unterwerfung" erforderlich, damit aGB wirksam wurden.

## II: Die Begründung der "normativen Lehren" aus dem "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken"

### 1. "Unterwerfung" kein Widerspruch

Daß das Reichsgericht für das Wirksamwerden von aGB eine "Unterwerfung" verlangte, obwohl es sie als "Rechtsordnung" betrachtete, war für das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" nach dem unter I 4 Gesagten nicht mehr inkonsequent, sondern notwendig.

Genau wie die Vertragspartner ein nach den Vorschriften des Internationalen Privatrechts nicht anwendbares Recht durch "Verweisung" für ihr Rechtsverhältnis wirksam machen können, konnte der "Kunde" auf ein im "Stand" geltendes "Recht" verweisen, damit es für ihn als einen nicht dem "Stand" Angehörigen anwendbar wurde. Damit entfiel das Herschel<sup>1)</sup> entgegengehaltene Argument. Eilles konnte jetzt die "Unterwerfung" unter aGB mit dem Eintritt eines neuen Mitglieds in einen Verein vergleichen<sup>2)</sup>. Der "Stand" und das "Unternehmen" als "konkrete Ordnungen" waren genauso eine "Korporation"<sup>3)</sup> wie der Verein. Daß eine "Rechtsordnung" erst durch einen Vertrag, dessen Abschluß frei ist, wirksam wird, war nach dem "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" nicht unzu-

---

1) Vgl. oben S. 60.

2) Vgl. oben S. 61.

3) Wie Eilles DGWR 1941, 121 formuliert.

treffend: Auch durch den freiwilligen Eheschluß entsteht nach C. Schmitt eine "konkrete Ordnung"<sup>1)</sup>.

## 2. Ermächtigung zur Rechtssetzung nicht erforderlich

Das oben<sup>2)</sup> gegen die "normativen Lehren" angeführte Argument, der "Kaufmann" sei nicht ermächtigt, "Recht" zu setzen, war nicht mehr haltbar. Auch nach dem "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" besaß der "Kaufmann" eine solche Ermächtigung nicht. Es waren vielmehr die "konkreten Ordnungen", der "Stand" für die alten Verbands-aGB, das "Unternehmen" für Einzel-aGB, aus denen heraus das "Recht" entstand. Der "Kaufmann" war nur ein Organ dieses "Organismus"<sup>3)</sup>.

## 3. Keine Vermengung öffentlichen und privaten Rechts

Schließlich entfiel auch das Siebert entgegengehaltene Argument, er vermenge privates und öffentliches Recht, wenn er aGB den Anstaltsordnungen gleichsetze. Für C. Schmitt war der Betrieb eine "Gemeinschaft mit öffentlich-rechtlichem Charakter"<sup>4)</sup>. Dies mußte nach der von Siebert vorgenommenen Gleichsetzung<sup>5)</sup> auch für das "Unternehmen" gelten. Damit war für das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" das "Unternehmen" genausogut eine "Ordnung" wie die Anstalt.

## 4. Weitere Einflüsse des "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens" auf die "normativen Lehren"

Ob aGB normativ wirken, ist für Herschel eine "An-

---

1) C. Schmitt, Drei Arten S. 20.

2) Vgl. S. 62 ff.

3) Siebert DRW 1936, 225 f.

4) C. Schmitt, Drei Arten S. 64.

5) Siebert DRW 1936, 225 f.

schauungsfrage"<sup>1)</sup>. Daß es sich bei dieser "Anschauung" um das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" handelt, wird außer mit dem zu 1 - 3 Ausgeführten noch durch folgende Überlegungen begründet.

a. Das Wort "Ordnung" wird betont häufig verwendet. So nennt Herschel<sup>2)</sup> aGB "Vertragsordnung", weil darin das Rechtsordnungshafte dieser Gebilde besser zum Ausdruck komme, und spricht vom "Ordnungsgedanken"<sup>3)</sup> der Klauseln. Haupt<sup>4)</sup> ist der Ansicht, daß die Geschäftsbedingungen besser "Geschäftsordnungen" heißen sollten. Auf dieser Linie liegt es auch, wenn er<sup>5)</sup> davon spricht, daß aGB einer "über allem stehenden konkreten Ordnung" dienen. Im soziologischen Teil seines Werkes definiert Raiser<sup>6)</sup> den Vertrag als "partikuläre Ordnung".

Der Ausdruck "Vertragsordnung" findet sich noch heute im Schrifttum<sup>7)</sup>. Fischers<sup>8)</sup> Meinung, es sei überflüssig, sich mit "normativen Theorien" auseinanderzusetzen, muß daher abgelehnt werden.

b. Herschel sieht selbst, daß seine Ansicht mit dem Rechtsquellenkatalog unvereinbar ist, glaubt das aber mit der Feststellung abtun zu können, dieser sei überhaupt in Frage gestellt. Er beruft<sup>9)</sup> sich dabei auf die Schrift von Reuß-Siebert: "Die konkrete Ord-

---

1) Herschel DR 1942, 754.

2) Herschel DR 1942, 753; ebenso Siebert DR 1941, 1513

3) Herschel DR 1941, 1728 und DR 1942, 757.

4) Haupt, AGB S. 227.

5) aaO. S. 212.

6) Raiser, AGB S. 69.

7) Clauß MDR 1959, 165 ff. passim; Fischer BB 1957, 484; Sieg RdA 1955, 442.

8) BB 1957, 484.

9) Herschel DR 1942, 754 N. 10 mit dem Hinweis auf Reuß bei Reuß-Siebert S. 9.

nung des Betriebes", die in der "konkreten Ordnung" eine weitere Rechtsquelle erblicke. Der von Herschel angeführte Satz stellt nicht die Meinung der Verfasser dar. Während Reuß die Ansicht, daß die Übung selbständige Rechtsquelle sei, schlicht als "falsch"<sup>1)</sup> bezeichnet, sagt Siebert, daß die "konkrete Ordnung" der betrieblichen Übung "niemals"<sup>2)</sup> Rechtsquelle sei. Der von Reuß auf S. 9 referierte und von Herschel unbesehen für sich in Anspruch genommene Satz gibt die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts<sup>3)</sup> wieder, die von der Lehre C. Schmitts beeinflusst ist<sup>4)</sup>. Wenn Herschel seine Ansicht, daß aGB "Recht" seien, mit einem Urteil begründet, das vom "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" ausgeht, so beruft er sich auf C. Schmitt selbst.

c. Daß nach der Ansicht der Vertreter der "normativen Lehren" aGB eine über den Parteien stehende und von ihnen nicht beherrschte "Ordnung" sind, kommt im folgenden zum Ausdruck: Wenn "Kaufmann" und "Kunde" eine in aGB enthaltene Klausel übereinstimmend in einem Sinne verstehen, der nicht der allgemein gültige ist, so soll nach Herschel<sup>5)</sup> nicht die von den Parteien gemeinte, sondern die objektive Bedeutung gelten, weil eine andere Lösung "mit dem Ordnungsgedanken unvereinbar" wäre. Herschel hält also aGB für stärker als dispositive rechtliche Regelungen, denn bei diesen ist anerkannt, daß die übereinstimmende Meinung der Vertragsparteien maßgebend ist<sup>6)</sup>.

---

1) aaO. S. 27.

2) aaO. S. 126; das Wort ist dort sogar gesperrt gedruckt.

3) ARS 33, 172 ff.

4) Vgl. dazu S. 71 N. 1.

5) Herschel DR 1941, 1728 und DR 1942, 757.

6) Vgl. statt aller Kost S. 40.

d. Derselbe Gedanke liegt zugrunde, wenn Herschel<sup>1)</sup> davon spricht, daß "Kaufmann" und "Kunde" sich aGB "unterwerfen". Bisher war in der Rechtsprechung<sup>2)</sup> stets nur von einer "Unterwerfung" des "Kunden" unter aGB die Rede. Das war wohl darin begründet, daß dessen Stellung gegenüber der Machtposition des "Kaufmanns" so schwach war, daß er die aGB seines Partners bedingungslos hinnehmen mußte. Wenn jetzt von einer "beiderseitigen Unterwerfung" gesprochen wird, so zeigt das, daß die "Vertragsordnung" als eine von dem Willen der Beteiligten unabhängige "Ordnung" auch den "Kaufmann" beherrscht, der damit seine überlegene Stellung verloren hat. Ähnlich schreibt Eilles aGB ein "eigenes Rechtsdasein"<sup>3)</sup> zu und weist auf die Wandlungen hin, welche die Einführung des Führergrundsatzes in der Gesetzgebung bewirkt habe.

e. Indem Herschel ausführt: "Die Methode des völkischen Rechtsdenkens ... lehrt, das Recht in der natürlichen Ordnung der Dinge selbst zu schauen"<sup>4)</sup>, weist er damit auf die Lehre C. Schmitts hin.

f. Ein Bindeglied zwischen dem "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" und den "normativen Lehren" stellt die Theorie von Maurice Hauriou zum Begriff der "Institution" dar. C. Schmitt erblickt in dieser Lehre den "Versuch einer Wiederherstellung des konkreten Ordnungsdenkens"<sup>5)</sup> und nimmt Hauriou gegen Angriffe von Bonnecase in Schutz<sup>6)</sup>. Er lehnt auch die

---

1) Herschel DR 1942, 754 f.

2) Vgl. aus der Vielzahl der Urteile RGZ 81, 117 (119); RGZ 103, 84 (86); besonders deutlich in RGZ 111, 310 (311); RGZ 112, 253 (258); RGZ 126, 324 (327); RG JW 1927, 1467 Nr. 4; RG JW 1931, 1958.

3) Eilles ZP 62, 3.

4) Herschel DR 1942, 760.

5) C. Schmitt, Drei Arten S. 54.

6) C. Schmitt aaO. S. 21.

Übernahme des Wortes "Institution" nicht aus sachlichen Gründen, sondern nur deshalb ab, weil es im Deutschen nicht genau genug zu übersetzen ist<sup>1)</sup>.

Für Hauriou ist "Institution" das eigentliche Element der sozialen Organisation<sup>2)</sup>. Obwohl der Begriff aus der Betrachtung der französischen Verwaltungspraxis entwickelt worden ist, bleibt er nicht auf das Gebiet des öffentlichen Rechts beschränkt. So faßt Hauriou<sup>3)</sup> das "Unternehmen" als eine "Institution" auf, die über das Privatrecht hinausrage. Sie erlasse ein "règlement", eine Art Verwaltungsakt, der nur noch der "adhésion", des Beitritts des "Kunden", bedürfe. An diese Lehre Haurious erinnern die Äußerungen Haupts<sup>4)</sup>, das "Unternehmen" sei ein in sich geordnetes Ganzes, dem die Geschäftsfreunde organisch verbunden seien, und C. Schmitts<sup>5)</sup>, der Betrieb habe öffentlich-rechtlichen Charakter.

g. Nach C. Schmitt<sup>6)</sup> haben "Regeln" im Rahmen einer "gegebenen Ordnung" nur eine "gewisse regulierende Funktion". Wenn also eine Regelung umgestaltet werden soll, so muß die "Ordnung" geändert werden, sofern nicht die angestrebten Ziele gleich bei der Schaffung der "Ordnung" berücksichtigt worden sind. Da eine "Ordnung" durch "Regeln" nicht beeinflussbar ist, kann dies keine Aufgabe des Gesetzgebers sein; es bedarf dazu vielmehr anderer Organe. Dementspre-

---

1) C. Schmitt aaO. S. 57 f.

2) Leontowitsch ARSP 29, 363, der einen ausgezeichneten Überblick über die Lehre Haurious vermittelt.

3) Hauriou, Principes de droit public, 2. Aufl., Paris 1926, S. 196 ff., zitiert nach Raiser, AGB S. 149.

4) AGB S. 227.

5) Drei Arten S. 64.

6) aaO. S. 13.

chend fordert Herschel<sup>1)</sup> staatliche Kontrolle über aGB, die in der Form der Genehmigung oder der Mit-  
hilfe bei der Aufstellung ausgeübt werden soll, und  
überläßt bezeichnenderweise diese Aufgaben nicht dem  
Gesetzgeber, sondern Verwaltungsbehörden und Organen  
der "wirtschaftlichen Selbstverantwortung" wie dem  
Reichsnährstand. Der Richter sei wie an das Gesetz  
so auch an die Entscheidungen dieser Stellen gebun-  
den, die nach Herschel<sup>2)</sup> hierfür die "politische Ver-  
antwortung" tragen. Daß bei der Behandlung einer rein  
privatrechtlichen Frage von Politik überhaupt ge-  
sprochen werden kann, ist ein Ausdruck für die im  
Dritten Reich herrschende Politisierung allen Lebens.  
Schließlich zeigt sich die Vermengung von öffentlich-  
rechtlichen und privatrechtlichen Gedanken daran, daß  
Herschel<sup>3)</sup> Fälle, in denen über nicht von der Verwal-  
tung "vorgeprüfte" aGB zu entscheiden ist, als beson-  
ders geeignet für die Mitwirkung des Staatsanwalts  
im Zivilprozeß bezeichnet.

h. Eine weitere Parallele findet sich darin, daß  
Herschel die Anerkennung der normativen Wirkung von  
aGB mit jener Entwicklungslinie vergleicht<sup>4)</sup>, die vom  
Einzelarbeitsvertrag zur Betriebs- und Tarifordnung  
geführt habe. Diese beiden "Ordnungen" sind Schöpfun-  
gen des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit  
vom 20. Januar 1934<sup>5)</sup>, das von C. Schmitt<sup>6)</sup> als klar-  
ster Ausdruck des "konkreten Ordnungs- und Gestal-  
tungsdenkens" bezeichnet wird.

---

1) DR 1942, 757.

2) aaO.

3) aaO. S. 758.

4) Herschel DR 1942, 754.

5) RGBI I, S. 45 ff.

6) Drei Arten S. 64.

i. Die normative Wirkung von aGB entsprach den Zielen des Dritten Reiches. Es war so leichter, nach einer Kontrolle zu verlangen und ein Eingreifen des Staates plausibel zu machen. Die Ausrichtung von aGB nach der nationalsozialistischen Welt- und Rechtsanschauung war schon früh gefordert worden<sup>1)</sup>.

Wenn Hamann<sup>2)</sup> dagegen anführt, die "normativen Lehren" stünden in unvereinbarem Gegensatz zum nationalsozialistischen Denken, insbesondere zur Totalität des staatlichen Gesetzgebers, so hat er den Einfluß des Dritten Reiches nicht verstanden. Dem Nationalsozialismus ging es nicht um die Betonung des staatlichen Gesetzgebungsmonopols, wie Hamann meint. Das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" ist gerade selbst ein massiver Angriff dagegen.

Dem Dritten Reich war vielmehr daran gelegen, abseits vom normalen Gesetzgebungsverfahren ein "Recht" zu schaffen, das von der "Bewegung" kontrolliert war. Das konnte durch die Anerkennung der normativen Wirkung von nach den Zielen der "Bewegung" ausgerichteten aGB besonders leicht geschehen. Die "Bewegung" konnte so auch auf die Wirtschaft Einfluß nehmen, denn aGB waren ein ausgezeichnetes Mittel der Wirtschaftsplanung<sup>3)</sup>. Der Nationalsozialismus hatte das staatliche Gesetzgebungsmonopol aufgegeben<sup>4)</sup>. So war das Programm der NSDAP eine echte, und zwar die wichtigste, Rechtsquelle<sup>5)</sup>. Auch die "Rechtseinheit" war durch die "normativen Lehren" nicht gefährdet: Da alle "Ordnungen" in darüberliegenden "Ordnungen" auf-

---

1) Peter DR 1938, 55.

2) MDR 1949, 210.

3) Larenz DR 1935, 489; Einzelheiten bei Wieacker, System S. 19.

4) C. Schmitt, Drei Arten S. 66 f. und DR 1936, 185.

5) C. Schmitt DR 1936, 181.

gingen, von dort ihren Gehalt empfangen und schließlich in die letzte und höchste "Ordnung", die "Bewegung", einmündeten, war die Partei, d. h. der "Führer der Bewegung", die letztlich über alles entscheidende Instanz. Nach C. Schmitt<sup>1)</sup> durchdrang und führte die "Bewegung" die beiden anderen Ordnungsreihen "Staat" und "Volk", die ohne die "Bewegung" überhaupt nicht vorstellbar waren. Der Staat war nicht mehr allmächtig, sondern hatte als "Organ des Führers der Bewegung" "neuen Aufgaben" zu dienen<sup>2)</sup>.

Wie die nationalsozialistischen Rechtslehren zeigen, ist eine Rechtsauffassung nicht deshalb "totalitär", weil sie das Gesetzgebungsmonopol des Staates betont. Die "normativen Lehren" sind also nicht aus dem Grunde "anti-totalitär", weil sie diesem Monopol widersprechen.

#### § 11: Kritik des "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens"

Wenn die normative Wirkung von aGB mit dem "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" begründet wird, ist es also kein Widerspruch, wenn eine "Unterwerfung" des "Kunden" verlangt wird, ist eine Rechtssetzungsbefugnis des "Kaufmanns" nicht erforderlich und wird öffentliches und privates Recht nicht in unzulässiger Weise vermengt. Damit können diese drei Hauptargumente gegen die "normativen Lehren" nur aufrechterhalten werden, wenn das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" abgelehnt werden muß. Eine Auseinandersetzung mit "normativen Lehren" hat sich daher auch mit der Frage zu befassen, ob die Lehre C. Schmitts haltbar ist.

---

1) Staat, Bewegung, Volk S. 12.

2) C. Schmitt, Drei Arten S. 66 f.

## I: Die Unbrauchbarkeit des "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens" als Denkmethode

Gegen das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" spricht seine inhaltliche Unbestimmtheit. C. Schmitt definiert nicht, was er unter "Ordnung" versteht, sondern nennt nur Beispiele<sup>1)</sup>. Es ist daher nicht möglich, mit dem "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" methodisch einwandfrei praktische Ergebnisse zu gewinnen<sup>2)</sup>. Die Lehre C. Schmitts birgt die Gefahr, daß "Begründbares und Unbegründbares, Wissen und Glauben"<sup>3)</sup> nicht auseinandergehalten werden können, so daß ein unterscheidendes Denken nicht möglich ist.

Ein inhaltlich unbestimmtes "Denken" ist aber kein Denken; daher ist das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" keine Denkmethode.

## II: Rechtsunsicherheit

Das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" führt zu großer Rechtsunsicherheit. Maßgebend kann nur die im Zeitpunkt der Entscheidung eines Streitfalls vorhandene "Ordnung" sein, denn nur sie ist "konkret". Die Parteien wissen dann aber beim Abschluß eines Vertrages nicht, wonach ihr Rechtsgeschäft später beurteilt werden wird. Dies gilt naturgemäß auch für alle sonstigen Rechtshandlungen. In jedem Fall wird immer erst nachträglich festgestellt, was maßgebend sein soll. In dieser Betrachtung ex post liegt die Gefahr, daß nach den jeweiligen Zielen der "Führung"

---

1) Larenz ZDK 1935, 115; Staudinger-Weber, 10. Auflage, § 242 Anm. 270.

2) Engisch S. 115; Staudinger-Weber aaO.

3) Müller-Freienfels S. 67.

das aus der "Ordnung" herausgeholt werden kann, was erforderlich ist<sup>1)</sup>.

### III: Zerstörung des Rechtsstaats durch Betonung des Führerprinzips

Schmitt koppelt Verschiedenartiges<sup>2)</sup>, wenn er Ehe und Familie neben die Beamtenschaft und die Betriebsgemeinschaft stellt. Damit wird seine Zusammenstellung uneinheitlich. Wenn die "Ordnungen" in ihren "Ausflüssen" "Recht" sind, es aber völlig inkommensurable "Ordnungen" gibt, so ist die begriffliche Einheit der Rechtsordnung negiert.

"Gestaltung" durch "Ordnungen" ist daher fragwürdig. Es muß dann umso mehr auf den "Gestalter" ankommen; als solcher bot sich zur damaligen Zeit nur der "Führer" an. In seiner Person war die Vielheit der "Ordnungen" wieder aufgehoben<sup>3)</sup>. Er hielt alles zusammen; ohne ihn war keine Einheit möglich. Dies zeigt, daß C. Schmitt der Theoretiker des "nationalsozialistischen Rechtsdenkens" ist und der "Macht des Befehls" vorgearbeitet hat. Vom Recht bleibt nichts mehr übrig. Allein der "Führer" hat es in der Hand, Anordnungen zu treffen.

In der Lehre C. Schmitts ist also der Rechtsstaat zerstört. Gegenüber dem "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" ist das Gesetz nur insoweit beachtlich, als es der "Ordnung" entspricht. Wenn also die "Ordnung" sich ändert, so ändert sich das Gesetz ohne weiteres, ohne daß es förmlich aufgehoben zu werden braucht.

---

1) Nach Maunz ZStW 95, 324 unterliegt jede Ordnung dem Einfluß der Macht.

2) Vgl. Dahm ZStW 95, 185.

3) Schneider S. 270.

Für einen Rechtsstaat ist aber das Gesetz zentral. Es beschränkt die Ausübung der Staatsmacht und gewährleistet die Freiheit des einzelnen. Ohne Gesetz gibt es kein Recht. Da der Staat durch die Verfassung gehalten ist, das vorgeschriebene Gesetzgebungsverfahren einzuhalten, ist ein Mißbrauch der Gesetzgebungsgewalt erschwert. Diese Beschränkungen werden durch die Lehre C. Schmitts beseitigt, so daß das Gesetz durch eine von dem politischen Machthaber willkürlich zu "gestaltende" veränderliche Macht"ordnung" ersetzt ist.

Nach C. Schmitt zerstört die "Herrschaft des Gesetzes" die "konkrete Königs- oder Führer-Ordnung"<sup>1)</sup>. Ein Rechtsstaat (Art. 20, 28 GG) muß aber dem Gesetz die ihm zukommende Bedeutung sichern. Damit wird zugleich der Staat gegenüber Organisationen geschützt, die ihn als "Organ" für ihre Zwecke mißbrauchen wollen.

#### IV: Verfehltheit des "Gemeinschaftsdenkens"

Die vom Nationalsozialismus ausgesprochene und durch das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" begründete Überordnung der "Gemeinschaft" über den einzelnen und die hieraus folgende Negation des einzelnen gegenüber der "Gemeinschaft" sind verhängnisvoll. Der einzelne ist Person und hat das Recht zu personhafter Existenz. "Die Gemeinschaft" existiert nicht. Es gibt nur einzelne, die sich zusammenschließen. Den einzelnen werden ihre Rechte nicht von der "Gemeinschaft" zugewiesen, sondern die "Gemeinschaften" erwerben ihre Rechte von den einzelnen.

---

1) C. Schmitt, Drei Arten S. 15.

Die gegenteilige Auffassung ist auch heute noch nicht überwunden. So sagt Lukes<sup>1)</sup>, die Privatautonomie sei dem einzelnen vom Staat verliehen. Dies erinnert an eine Äußerung Raisers<sup>2)</sup>, der gesagt hatte, die Vertragsfreiheit sei eine "politische" Freiheit und nur im Dienste der Gemeinschaft, nicht gegen sie verliehen. Hierin verbirgt sich das übersteigerte Gemeinschaftsdenken des Dritten Reiches. Die Privatautonomie folgt unmittelbar aus der Existenz des Menschen als Person; die privatrechtliche Vertragsfreiheit ist keine "politische" Freiheit. Wer bei einer Freiheit des einzelnen danach fragt, ob sie für oder gegen die Gemeinschaft verliehen ist, geht von einer Rechtsauffassung aus, die in der Grundregel 16 des Volksgesetzbuches ihren Niederschlag gefunden hat. Hiernach mußten bekanntlich die Rechte "nach den anerkannten Grundsätzen des völkischen Gemeinschaftslebens" ausgeübt werden. Ein solcher Rechtssatz hat im Privatrecht eines Rechtsstaats keinen Raum.

Der Satz: "Du bist nichts, Dein Volk ist alles" kann nicht darüber hinwegsehen lassen, daß das Volk aus eigenverantwortlichen Personen besteht und keine amorphe Masse ist<sup>3)</sup>.

#### V: Verneinung des subjektiven privaten Rechts

Ebenso wie die Privatautonomie ist auch das subjektive Recht Ausdruck der personhaften Existenz des Menschen. Ohne subjektive Rechte gibt es kein Recht. Das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" mit seiner Überbetonung der "Ordnungen" führt dagegen dazu, daß der einzelne im Ergebnis verstaatlicht wird.

---

1) NJW 1963, 1899.

2) AGB S. 277.

3) v. Hippel S. 27.

Es ist daher ein Ausdruck totalitären, d. h. rechtsfeindlichen Denkens. Wer das subjektive Recht ablehnt, verneint zugleich den Menschen als Person.

Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht ist juristisch notwendig. Ihre Verneinung durch das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" entspricht dessen machtsstaatlicher Einstellung.

#### VI: Carl Schmitt und Eugen Ehrlich

In der Hinwendung zum "Tatsächlichen" berührt sich die Lehre von Carl Schmitt mit derjenigen Eugen Ehrlichs, die schon oben<sup>1)</sup> als unzutreffend bezeichnet worden ist.

1. So sagt Ehrlich, daß "die innre Ordnung der menschlichen Verbände ... nicht nur die ursprüngliche, sondern auch bis in die Gegenwart die grundlegende Form des Rechts (ist). Der Rechtssatz ... wird auch heute noch größtenteils erst von der inneren Ordnung der Verbände abgeleitet"<sup>2)</sup>. Zu diesen menschlichen Verbänden zählt Ehrlich<sup>3)</sup> neben den "urwüchsigen" Verbänden Sippe und Familie die in "vorgesrittenen Gesellschaften" entstehenden Gruppen wie Gemeinde, Staat, Verein, wirtschaftlicher Verband, politische Partei und Erwerbsgesellschaft.

Diese "Verbände" bzw. "Gruppen" erinnern an jene "konkreten eigenen, inneren Ordnungen", als deren "Ausflüsse" nach C. Schmitt<sup>4)</sup> die "Regeln" erscheinen.

---

1) Vgl. S.

2) Ehrlich S. 29.

3) aaO. S. 20 f.

4) Drei Arten S. 20.

2. C. Schmitt gab jedoch den Sätzen Ehrlichs eine ganz neue Richtung, indem er sie völkisch<sup>1)</sup> und rassisch<sup>2)</sup> veränderte, sie als typisch germanische Denkweise derjenigen des 19. Jahrhunderts gegenüberstellte<sup>3)</sup> und sie zu einem politischen Programm machte. Eine Kritik an ihnen war dann zugleich eine Kritik an der "deutschen Volksgemeinschaft" und damit von vornherein suspekt.

a. Wenn Schmitt dagegen polemisiert<sup>4)</sup>, daß die vom "Normativismus" vertretene "Herrschaft des Gesetzes" die "konkrete Königs- oder Führer-Ordnung" zerstört und den "Rex" der "Lex" unterworfen habe, so will er mit seinem "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" offenbar diesen Prozeß umkehren und den "Führer" über das Gesetz stellen. Er kam damit dem Totalitätsanspruch des Nationalsozialismus entgegen<sup>5)</sup>.

b. Auf der gleichen Linie liegt es, wenn Schmitt nur dem "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" die Fähigkeit zuspricht, den "Führergedanken" rechtlich richtig zu erfassen<sup>6)</sup>. Damit macht er seine Lehre zur allein möglichen und anzuerkennenden Denkweise des Dritten Reiches, die als einzige "den ... neuen Aufgaben der staatlichen, völkischen, wirtschaftlichen und weltanschaulichen Lage ... gewachsen ist"<sup>7)</sup>.

---

1) C. Schmitt, Drei Arten S. 66 f.; DR 1934, 227 f.

2) C. Schmitt aaO. S. 10.

3) Molitor S. 18.

4) C. Schmitt, Drei Arten S. 15.

5) Molitor S. 19.

6) C. Schmitt, Drei Arten S. 51.

7) C. Schmitt, Drei Arten S. 67.

## VII: Ergebnis

Damit ist nachgewiesen, daß das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" nicht nur als Ausdruck der "nationalsozialistischen Rechtslehre" abzulehnen ist, sondern auch keine Denkmethode ist. Es ist daher unzutreffend, wenn Larenz<sup>1)</sup> heute noch dem "konkreten Ordnungsdenken" bzw. dem "institutionellen Rechtsdenken" einen "nicht zeitgebundenen rechtstheoretischen Aussagegehalt" zuspricht.

Mit dem "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" ist zugleich der einzige Grund für die Annahme, aGB seien eine "fertig bereitliegende Rechtsordnung", widerlegt.

### 4. Abschnitt: Andere "normative Lehren"

#### § 12: "Normative Lehren" nach 1945

##### I: Überblick

"Normative Lehren" haben nach 1945 in der Rechtsprechung zunächst viele Anhänger gefunden, wobei vielfach die Formel des Reichsgerichts von der "fertig bereitliegenden Rechtsordnung" unkritisch als Ersatz einer Begründung wiedergegeben wurde<sup>2)</sup>.

---

1) Methodenlehre, S. 138 Anm. 1.

2) BGHZ 1, 83 (86); BGHZ 6, 373 (376); OGHZ 2, 298 (299); LAG Bremen SAE 1951, 144; gegen dieses Urteil Dietz aaO. S. 146; OLG Köln vom 27.5.1952, zitiert bei Schmid-Loßberg MDR 1953, 355; OLG Kiel VRS 2, 251 (254); LG Düsseldorf VersR 1951, 258; LG Göttingen Nds.Rpfl. 1950, 110.

Aus dem Schrifttum: v. Caemmerer JZ 1953, 99; Galperin bei Galperin-Siebert § 1 Anm. 126, der aus der von ihm bejahten normativen Wirkung von aGB

Die Ablehnung dieser Lehre setzte sich zunächst nur zögernd durch, kann aber heute als herrschende Meinung betrachtet werden. Jedenfalls steht das Schrifttum<sup>1)</sup> überwiegend auf dem Standpunkt, daß aGB keine rechtlichen Regelungen sind. Nur soziologisch werden sie als "Recht" angesehen<sup>2)</sup>.

Auch die Rechtsprechung lehnt nunmehr unter der Führung des Bundesgerichtshofs<sup>3)</sup> "normative Lehren" ab. In der richtigen Einordnung der Wirkung von aGB ist die Judikatur aber sehr unsicher. Dies zeigt

---

darauf schließt, daß die "betriebliche Übung" Rechtsquelle sei; Hamann BB 1950, 832; Schmid-Lößberg BB 1952, 104; Schneider NJW 1954, 135; Palandt-Danckelmann - § 276 Anm. 5 a - bezeichnete bis zur 20. Auflage aGB als "privat gesetztes objektives Recht". Seit der 21. Auflage ist diese Wendung ersatzlos gestrichen. In mehreren Auflagen hieß es aber noch - § 157 Anm. 5 a -, daß bei der Auslegung von aGB ein "Gemeinschaftsinteresse" gewahrt werden müsse. Erst in den neuesten Auflagen ist dieser Satz nicht mehr enthalten. Gegen die normative Wirkung von aGB schon immer Palandt-Danckelmann Art. 2 EGBGB Anm. 1 d.

- 1) Ballerstedt JZ 1956, 269 f.; Baumbach-Duden Einf. Buch III Anm. 3 A; v. Brunn S. 68 ff.; Denecke in RGRK-BGB Einl. Anm. 9; Enneccerus-Nipperdey § 163 VI 1, S. 1007; Erman-Hefermehl Anm. III 2 a vor § 145; Esser § 12, 6, S. 42; Etzler S. 141; Ewald BB 1951, 883; Fikentscher BB 1961, 298; Fischer BB 1957, 484; v. Godin in RGRK-HGB § 346 Anm. 17 c; Krause BB 1955, 265; Larenz I § 8 IV, S. 95; Noerr S. 37; Raiser SJZ 1950, 669; Sandrock AcP 159, 527; Schoreit MDR 1964, 206; Soergel-Lange Anm. 86 vor § 145; Staudinger-Coing Anm. 24 a vor § 145; Stoldt MDR 1951, 142; unklar Lehmann § 3 VII, S. 95 f.
- 2) Bruck-Möller Einl. 21, die aber die soziologische von der dogmatischen Betrachtungsweise unterscheiden; vgl. im übrigen unten S. 109.
- 3) BGHZ 9, 1 (3); BGHZ 17, 1 (2).

sich in einem Urteil, in dem der Erste Senat des Bundesgerichtshofs ausführt<sup>1)</sup>: "Die AVB stellen allgemein normativ festgelegte Vertragsbedingungen ... dar. ... Ihre Bestimmungen tragen also nicht den Charakter vertraglicher Vereinbarungen, sondern den einer Rechtsordnung ..." Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs gibt es also Vertragsbedingungen, die keine vertraglichen Vereinbarungen, sondern eine Rechtsordnung darstellen. Dieses Urteil ist zwar zeitlich vor den in Note 1 zitierten ergangen. Da es in ihnen aber nicht erwähnt ist, obwohl alle vom Ersten Senat gefällt worden sind, und der Bundesgerichtshof es im allgemeinen zum Ausdruck bringt, wenn er eine frühere Rechtsprechung aufgeben will, ist nicht anzunehmen, daß der Bundesgerichtshof in den neueren Urteilen von der soeben wiedergegebenen Ansicht abgerückt ist. Dazu kommt auch, daß der gleiche Senat immer noch von "beiderseitiger Unterwerfung"<sup>2)</sup> spricht.

## II: Neue Begründungen für die normative Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen

### 1. Die Lehren von Herbert Krüger, Biedenkopf, Baur und Meeske

Im Schrifttum werden neuerdings wieder "normative Lehren" vertreten. In seinem Aufsatz: "Staatliche Gesetzgebung und nichtstaatliche Rechtsetzung"<sup>3)</sup> behandelt Herbert Krüger neben den Tarifverträgen auch aGB und sieht sie als "Recht" an. Zur Begründung führt er aus, daß der Inhalt von aGB einseitig festgelegt werde, so daß diese Art "nichtstaatli-

---

1) BGHZ 8, 55 (56).

2) BGHZ 17, 1 (3).

3) Krüger RdA 1957, 201 ff.

cher Rechtsetzung" sich einem der Staatsgewalt eigenen "Stilprinzip", nämlich der Einseitigkeit des Vorgehens, nähere<sup>1)</sup>. AGB hätten auch eine hohe "Durchschlagskraft", jedenfalls dann, wenn man ihre Wirksamkeit für den anderen Teil nicht von dessen "Unterwerfung" abhängig sein lasse, weil aGB eine "fertig bereitliegende Rechtsordnung" seien<sup>2)</sup>. Dieser Auffassung Krügers liegt zugrunde, daß er die Verbände als ein "Stück Staat" ansieht: Da der Staat das organisierte Volk darstelle, sei überall da, wo das Volk sich organisiere, "etwas vom Staat"<sup>3)</sup>.

Für Krüger ist es daher folgerichtig, den Vorgang der Aufstellung von aGB nicht mehr dem Privatrecht, sondern dem öffentlichen Recht zuzurechnen<sup>4)</sup>. Krüger will so die Aufsteller von aGB an die Grundrechte binden, ohne in den Streit um die "Drittwirkung der Grundrechte" eingreifen zu müssen<sup>5)</sup>.

Mit Krügers Lehre berührt sich die Ansicht Biedenkopfs, daß die Vereinbarung von Normen für ein Verhalten Dritter, wozu auch die Aushandlung von aGB gehöre, außerhalb der privaten Zuständigkeit liege und von der Privatautonomie nicht mehr gedeckt werde<sup>6)</sup>, so daß sie dem öffentlichen Recht zuzuordnen sei<sup>7)</sup>. Daß Biedenkopf sich an die Meinung Krügers anlehnt, wird auch dadurch deutlich, daß er häufig auf den Aufsatz Krügers Bezug nimmt<sup>8)</sup>. Ähnlich argumentiert Baur. Er weist darauf hin, daß aGB in

---

1) Krüger RdA 1957, 204.

2) Krüger aaO. S. 205.

3) Krüger NJW 1956, 1220.

4) Krüger RdA 1957, 206.

5) Krüger aaO.; ähnlich Biedenkopf S. 170 N. 40.

6) Biedenkopf S. 129 f.

7) Biedenkopf S. 170.

8) Biedenkopf S. 116, 121, 123, 130, 157, 161, 170.

ihrer Wirkung den Anstaltsordnungen nahestehen, und erblickt in diesem "privatrechtlichen Unterwerfungsverhältnis" eine Verbindungslinie zum öffentlichen Recht<sup>1)</sup>. Baur verzichtet hierbei ausdrücklich darauf, die aGB in den Rechtsquellenkatalog einzuordnen<sup>2)</sup>.

Auf Krüger bezieht sich wohl auch Meeske<sup>3)</sup>, wenn er den "Zug der Entwicklung" darin erblickt, die großen Unternehmen im Bereich des "Öffentlichen" anzuschließen. Dies zeigt sich nach seiner Ansicht darin, daß wirtschaftliche Schwierigkeiten solcher Werke wie der Zusammenbruch der Firma Henschel und Sohn<sup>4)</sup> die Allgemeinheit angehen. Er vermutet, daß auf diese Weise auch die aGB auf eine neue Basis gestellt würden.

## 2. Kritik

### a. Die "Staatlichkeit der Verbände"

Krügers Schluß, überall da, wo das Volk sich organisiere, sei "etwas vom Staat", weil der Staat das organisierte Volk sei, ist nur berechtigt, wenn er die einzige Organisationsform überhaupt ist, d. h. wenn es neben der Organisation des Volkes im Staat keine andere gibt. Das ist aber in Deutschland nicht der Fall, wie ein Blick auf die vielen privatrechtlichen Vereine beweist. Krügers Begründung für die Staatlichkeit der Interessenverbände ist also nicht stichhaltig. Er kann daraus somit nicht herleiten, daß die Verbände als "Normsetzer" dem öffentlichen Recht zuzurechnen sind. Krüger hatte schon früher<sup>5)</sup> die Verbände als Gesetzgeber bezeichnet. Damals soll-

---

1) Baur JZ 1963, 45.

2) Baur aaO. und ähnlich früher schon DAR 1962, 323.

3) BB 1959, 864; Meeske gibt allerdings keine Belege an.

4) Meeske hätte wohl auch den "Fall Borgward" hier angeführt.

5) Reich, Volksordnung, Lebensraum 1943, 142 f.

te ihnen aber "der Führer" die "politische Macht" zur Gesetzgebung verliehen haben. Diese Lehre Krügers war vom "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" beeinflusst. Die Gefahr der Auflösung des Rechts in eine "Reihe von Rechtsordnungen" sollte nämlich dadurch verhindert werden, daß der Grundsatz "Führer - Gefolgschaft" den Vorrang hatte<sup>1)</sup>. Auch C. Schmitt hatte den "Führergedanken" betont<sup>2)</sup>.

Wenn Verbände ein "Stück Staat" sind, so ist im Ergebnis die Wirtschaft verstaatlicht. Diese "kalte Sozialisierung" ist aber, wie Art. 14 und 15 GG zeigen, verfassungswidrig.

Die Ansicht Meeskes, große Unternehmungen seien wegen ihrer Bedeutung im Bereich des "Öffentlichen" anzusiedeln, entspringt einem Trugschluß. Die Anteilnahme der Öffentlichkeit an dem Schicksal der Werke Henschel (und später Borgward) beruhte nicht auf juristischen Gründen. Anlaß für das Eingreifen des Staates war vielmehr, daß eine große Zahl von Arbeitsplätzen bedroht war, und der Staat nahm, indem er die Vollbeschäftigung sichern wollte, eine öffentliche Aufgabe wahr. Die Einwirkung auf die Unternehmen selbst war eine privatrechtliche: bei Henschel durch die Erteilung von Bürgschaften, bei Borgward durch die Gründung einer Aktiengesellschaft. Soweit in den Äußerungen Meeskes Bestrebungen de lege ferenda zum Ausdruck kommen, entsprechen sie nicht der freien Wirtschaft.

#### b. Verfehlte Parallele zu den Tarifverträgen

Die Ausführungen Krügers gehen auch deshalb fehl,

---

1) aaO. S. 203 f.

2) Vgl. oben S. 92 und 95.

weil er ständig<sup>1)</sup> aGB neben die Tarifverträge stellt, ohne folgende Unterschiede aufzuzeigen: Die Normen eines Tarifvertrages sind wirksam, weil § 4 Abs. 1 TVG die Tarifvertragsparteien ermächtigt, rechtliche Regelungen zu setzen. Verbände sind dagegen nicht durch Gesetz legitimiert, aGB aufzustellen. Während "Kaufmann" und "Kunde" einen einzelnen Vertrag schließen, ist der Tarifvertrag ein Kollektivvertrag, und der einzelne Arbeitnehmer wird als Angehöriger des Kollektivs von den Tarifnormen ohne weiteres erfaßt.

Lotmar<sup>2)</sup> führte allerdings schon vor Erlass der Tarifvertragsverordnung aus, die Parteien des Arbeitsvertrages brauchten keine auf den Inhalt des Tarifvertrages gerichtete Willenserklärung abzugeben, damit dieser in ihren Arbeitsvertrag eingehe; nach einem entsprechenden Willen sei daher nicht zu fragen. Diese Lehre war aber nicht richtig. Sie beruhte im übrigen darauf, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer Mitglieder der den Tarifvertrag schließenden Verbände waren. Dementsprechend verlangte Lotmar<sup>3)</sup>, daß Außenseiter einen auf den Inhalt des Tarifvertrags gerichteten Willen erklärten. Die "Kunden" sind aber bei aGB in den meisten Fällen Außenseiter. So war beispielsweise an der Aufstellung der ADSP, dem Hauptfall "ausgehandelter" aGB, ein Verband der privaten Auftraggeber nicht beteiligt. Zumindest bei diesen ist daher selbst nach der Ansicht Lotmars eine Vereinbarung von aGB erforderlich.

Die Wirksamkeit von aGB kann also nicht mit dem Hinweis darauf begründet werden, daß Verbände in Tarifverträgen zwingende rechtliche Regelungen setzen können. Der "typische" Vertrag, also der unter Zu-

---

1) Vor allem RdA 1957, 203 und 205.

2) Band I, S. 779.

3) aaO.

grundelegung weitverbreiteter aGB geschlossene, darf nicht wie der "Kollektivvertrag" behandelt werden.

Die Verbände bemühen sich aber, den von ihnen aufgestellten aGB im Ergebnis normative Wirkung dadurch zu verschaffen, daß sie deren Verwendung den meist von ihnen abhängigen "Kaufleuten" vorschreiben. In diesen wird dadurch leicht die Vorstellung erweckt, das ihnen vom Verband Gebotene sei "Recht" und damit auch für ihre Abnehmer ohne weiteres maßgebend. Ein Beispiel hierfür habe ich selbst erlebt: Das von mir neu gekaufte Auto hatte während der Garantiezeit ständig denselben Fehler. Als ich nach mehreren erfolglosen Reparaturversuchen dem Händler androhte, ich würde demnächst wandeln, erklärte er mir, das könnten "wir" nicht machen, weil es der Verband auf Grund seiner aGB nicht dulde; darin sei nämlich nur die Nachbesserung zugelassen. Diese Ansicht des Händlers stand im Widerspruch zu der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>1)</sup>, der dem Käufer das in aGB ausgeschlossene Recht zur Wandlung nach mehrmaliger vergeblicher Nachbesserung wieder zugesteht. Weil der Verband, dessen Rechtsabteilung das Urteil des Bundesgerichtshofs sicher bekannt war, seine Mitglieder nicht darauf aufmerksam gemacht hatte, daß jene Klausel seiner aGB in solchen Fällen nicht mehr angewandt werden könnte, war der Händler weiter der Meinung, seine Abnehmer könnten nicht wandeln. Damit war das "Recht" des Verbandes, den der "Kunde" meist nicht kennt, de facto an die Stelle des staatlichen Rechts getreten.

Ein anderer Weg, den "Kunden" an das "Recht" des Verbandes oder Lieferanten zu binden, wird damit

---

1) BGHZ 22, 90 (99).

beschritten, daß die aGB des Händlers nur die Klausel enthalten: "Im übrigen gelten die aGB meines Lieferanten"<sup>1)</sup>.

Wenn Krüger nun unbefangen den von Verbänden aufgestellten aGB die gleiche Wirkung zuspricht wie den Tarifverträgen, so leistet er den eben geschilderten Bestrebungen Vorschub. Er hilft dazu mit, den Verbänden eine größere Macht zu verschaffen als den Gerichten, was zur Folge hat, daß der Spruch der Verbände faktisch eine größere Bedeutung hat als das staatliche Recht. Das ist umso bedenklicher, weil hier nicht wie bei den Tarifverträgen der Macht des einen Verbandes eine entgegengesetzte Interessenvertretende Vereinigung gegenübersteht. Eine Gleichbehandlung von Tarifvertrag und aGB ist daher verfehlt.

c. "Überschreitung der Grenzen der Privatautonomie"

Die Ansicht Biedenkopfs<sup>2)</sup>, durch die Abfassung von Normen für das Verhalten Dritter seien die Grenzen der Privatautonomie überschritten, ist von Raiser<sup>3)</sup> zutreffend widerlegt worden: Wenn Händler und Produzent gewisse aGB vereinbaren, so normieren sie rechtlich damit nicht das Verhalten der Abnehmer, sondern ihr eigenes, indem sie sich verpflichten, für die Aufnahme dieser aGB in die von ihnen mit "Kunden" später zu schließenden Verträge zu sorgen. Mehr ist privatrechtlich nicht möglich. Sind die "Grenzen des Privatrechts" "überschritten", so folgt daraus, daß die aGB nichtig sind, nicht aber, daß sie öffentlich-rechtlich wirken.

---

1) Hiergegen allerdings OLG Hamburg NJW 1964, 500 unter Berufung auf § 138 BGB.

2) S. 170.

3) Festschrift S. 113.

Biedenkopf betrachtet die wirtschaftliche Gebundenheit des "Kunden" als rechtliche Verpflichtung. Das ist nicht richtig.

#### d. Soziologische Einflüsse

In den Lehren Biedenkopfs und Krügers kommt soziologisches Denken zum Ausdruck. Biedenkopf nimmt an, daß aGB auf Grund ihrer wirtschaftlichen Bedeutung anders wirken als privatrechtliche Vereinbarungen. Krüger beruft sich<sup>1)</sup> bei der von ihm gebilligten "staatsartigen Rechtsetzung" der Verbände auf Krause<sup>2)</sup>, der "bezeichnenderweise" von einer "Unterwerfung" des "Kunden" spreche. Es dürfte Krüger nicht entgangen sein, daß Krause in seinem Aufsatz die "Unterwerfung" als eigenständigen Begriff ablehnt, in ihr vielmehr nur eine Art der stillschweigenden Willenserklärung erblickt<sup>3)</sup>. Wenn Krüger trotzdem im Hinblick auf seine "staatsartige Rechtsetzung" von "Unterwerfung" spricht, so kann dies nur aus seiner soziologischen Einstellung erklärt werden.

Hier ist also ein erneuter Einbruch soziologischer Auffassungen in die Lehren zum Wirksamwerden von aGB zu beobachten. Während früher für Rühl<sup>4)</sup> der auf den einzelnen "Kunden" ausgeübte Zwang maßgebend war, stellen Krüger und Biedenkopf mehr auf das Handeln der Aufsteller von aGB ab. Damit wird wieder der Versuch gemacht, aus soziologischen Tatsachen und wirtschaftlicher Macht die normative Wirkung von aGB herzuleiten. Soziologische und dogmatische Denkweise müssen aber auseinandergehalten werden. Ob aGB normativ wirken, ist eine juristisch-

---

1) NJW 1956, 1219 N. 16.

2) BB 1955, 265 ff.

3) aaO. S. 266.

4) Vgl. oben S. 46.

dogmatische Frage, die deshalb nur mit juristisch-dogmatischen Mitteln beantwortet werden kann.

e. Die Aufstellung allgemeiner Geschäftsbedingungen

Die Aufstellung von aGB ist nicht nach dem öffentlichen Recht zu beurteilen, da hier Privatpersonen - unter a. ist gezeigt worden, daß auch Verbände kein "Stück Staat" sind - private<sup>1)</sup> Interessen verfolgen und private Rechte begründen. Es geht nicht an, die Aufstellung von aGB nur deshalb dem öffentlichen Recht zu unterstellen, weil diese weit verbreitet sind. Es ist dem deutschen Recht fremd, daß privatrechtliche Vorgänge deshalb ins öffentliche Recht hineinwachsen, weil sie von erhöhter öffentlicher Wirkung und Bedeutung sind<sup>2)</sup>. Wenn Rechtsgeschäfte allein durch ihre Zahl zu rechtlichen Regelungen würden, wäre das im Ergebnis ein Umschlagen von Quantität in Qualität, was nicht möglich ist.

Die öffentlich-rechtliche Konstruktion der Aufstellung von aGB konzidiert wirtschaftlicher Macht eine hoheitliche Stellung, die ihr nicht gebührt. Konsequenterweise müßte diese auch dem einzelnen "Kaufmann" insoweit zukommen, als er aGB aufstellt. Damit hätte eine Einzelperson gegenüber einer anderen - dem "Kunden" - eine ungleiche Stellung. Das kann nicht rechtens sein.

Daß Baur in aGB eine den Anstaltsordnungen vergleichbare Erscheinung erblickt<sup>3)</sup>, erinnert an Siebert, der diese Parallele als Begründung der "normativen Lehren" herangezogen hatte<sup>4)</sup>. Bei Siebert

---

1) und mitunter durchaus eigennützige

2) Brandner AcP 162, 250.

3) Baur JZ 1963, 45.

4) Siebert DR 1941, 1932; in DR 1944, 5 ist S. der Ansicht, daß durch allgemeinverbindliche aGB die Verträge weitgehend ihren privatrechtlichen Charakter einbüßen.

erklärte sich diese Vermengung privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Gesichtspunkte aus der Rechtsanschauung der damaligen Zeit. Baur hätte im Jahre 1963 erst prüfen müssen, ob die Konstruktion eines Unterwerfungsverhältnisses im Privatrecht überhaupt denkbar ist. Die von ihm angenommene Verwandtschaft von AGB mit Anstaltsordnungen hätte ihm eigentlich zeigen müssen, daß ein Unterwerfungsverhältnis im Privatrecht nicht möglich ist.

Der Versuch Krügers, mit den Mitteln des öffentlichen Rechts den "Kunden" zu "schützen"<sup>1)</sup>, erinnert an Herschel, der "normative Lehren" propagiert hatte, um so leichter eine staatliche Kontrolle begründen zu können<sup>2)</sup>. Hier wird die Gefahr sichtbar, daß das öffentliche Recht zuungunsten des Privatrechts immer weiter ausgedehnt wird<sup>3)</sup>. Das öffentliche Recht wird damit für Rechtsprobleme in Anspruch genommen, die ihrer historischen Entwicklung und ihrem dogmatischen Inhalt nach im Privatrecht liegen. Es geht nicht an, Fragen aus ihrem juristischen Zusammenhang herauszulösen und in einen Bereich hineinzupflanzen, mit dem sie nichts zu tun haben. Dies widerspricht der Systematik; zugleich erhält der, dem dieser "Kampf" gelten soll, eine stärkere Stellung gegenüber dem "Schutzbedürftigen", als er rechtens hat.

Das öffentliche Recht ist ungeeignet, auf privatrechtliche Verhältnisse, in denen individuelle Freiheit und Gleichheit besteht, angewandt zu werden. Krüger hätte, bevor er solche Anleihen im öffentlichen Recht machte, erst untersuchen müssen, ob die Möglichkeiten des Privatrechts ausgeschöpft sind.

---

1) Krüger RdA 1957, 206.

2) Herschel DR 1942, 757.

3) Davor warnt auch Wolf in Wolf-Lücke-Hax S. 241 f.

Er hätte prüfen müssen, ob da, wo die Rechtsprechung das Zustandekommen eines Vertrages zu aGB bejaht, wirklich ein Vertrag geschlossen worden ist. Bevor festgestellt werden kann, daß die Mittel des Privatrechts nicht ausreichen, muß untersucht werden, ob sie richtig angewandt werden bzw. wie dies zu geschehen hat. Das hat Krüger nicht getan.

#### f. Zusammenfassung

Auch dieser zweite Versuch, die normative Wirkung von aGB soziologisch zu begründen, ist hiernach gescheitert. AGB dürfen nicht wie Tarifverträge behandelt werden. Die Verbände haben keine öffentlich-rechtliche Stellung, und Rechtsbeziehungen unter privaten Rechtssubjekten unterliegen nicht dem öffentlichen Recht.

§ 13: "Normative Lehren", die von einer behördlichen Genehmigung oder Allgemeinverbindlicherklärung von allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgehen

I: Die behördliche Genehmigung von allgemeinen Geschäftsbedingungen

Mayerhofer<sup>1)</sup> folgert aus der Tatsache, daß eine Behörde bestimmte aGB genehmigt hat, deren Wirksamwerden für das einzelne Rechtsverhältnis. Das ist unrichtig.

Teilweise ist eine Genehmigung von aGB vorgeschrieben, weil aGB für die Rechtsverhältnisse, für die sie wirksam werden sollen, besonders bedeutsam sind. Deshalb müssen sie von Verwaltungsbehörden, in denen

---

1) S. 30.

Fachleute sitzen, die auf Grund ihrer Amtsstellung einen Überblick über das betreffende Gebiet haben, geprüft und genehmigt werden. Beispielsweise müssen allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) nach § 5 Abs. 3 Ziff. 2 VAG der Aufsichtsbehörde vorgelegt werden, bevor sie verwendet werden dürfen.

Die Genehmigung hat nur aufsichtsrechtliche Wirkung<sup>1)</sup>; durch sie wird lediglich ausgesprochen, daß die Behörde keine Bedenken gegen die Anwendung der betreffenden AVB hat. Der Richter wird dadurch nicht der Pflicht enthoben, ihre Vereinbarkeit mit dem Gesetz zu prüfen<sup>2)</sup>. Ein zu nicht genehmigten AVB oder unter Abweichung von den genehmigten AVB geschlossener Versicherungsvertrag ist zivilrechtlich wirksam<sup>3)</sup>, verpflichtet aber die Aufsichtsbehörde, nach § 81 VAG gegen die Versicherungsgesellschaft einzuschreiten.

Darüber, ob aGB ohne eine Vereinbarung für ein einzelnes Rechtsverhältnis wirksam sind, ist mit der Genehmigung allein noch nichts ausgesagt<sup>4)</sup>. Privatrechtliche Wirkung hat die Genehmigung nur ausnahmsweise<sup>5)</sup>: So gilt nach § 174 Abs. 4 VVG der vom Versicherer in genehmigten AVB für den Fall der Umwandlung eines Versicherungsverhältnisses in eine prämiensfreie Versicherung als Abzug bei der Prämienreserve festgesetzte Betrag als "angemessen". Weitere Beispiele finden sich in § 40 Abs. 2 S. 3 VVG und § 176 Abs. 4 S. 2 VVG.

Wer allein aus der Genehmigung von aGB deren Wirksamkeit im einzelnen Rechtsverhältnis folgert, ver-

---

1) Clauß MDR 1959, 166.

2) Prölß § 8 VAG Anm. 7.

3) Prölß § 13 VAG Anm. 7.

4) Clauß MDR 1959, 166.

5) Prölß Anm. I 6 vor § 1 VVG.

menzt öffentliches und privates Recht in unzulässiger Weise.

## II: Allgemeinverbindlicherklärung von allgemeinen Geschäftsbedingungen

1. Am 29. Dezember 1939 wurden die ADSp durch den Reichsverkehrsminister als "einheitliche Geschäftsbedingungen für das Speditionsgewerbe als dem Mittler zwischen Verkehr und Verlader" verbindlich angeordnet. Diese Anordnung wurde im Deutschen Reichsanzeiger veröffentlicht<sup>1)</sup>. Nach Kriegsende entspann sich eine lebhafte Diskussion über die Frage, ob die ADSp auf Grund dieses Umstandes für das Rechtsverhältnis zwischen Spediteur und Auftraggeber schon dann wirken, wenn diese in dem Speditionsvertrag deren Anwendbarkeit nicht ausgeschlossen haben.

Dies wurde zunächst bejaht<sup>2)</sup>, weil die ADSp "gesetzesgleiche Kraft" erlangt hätten. Dagegen setzte sich später die Ansicht durch, daß die Anordnung des Reichsverkehrsministers kein "Recht" geschaffen habe. Sie sei nur ein "Verwaltungsbefehl" an die Mitglieder der Reichsverkehrsgruppe Spedition und Lagerei gewesen, der zeitlich bis zum Wiedereintritt geordneter Verhältnisse begrenzt gewesen und mittlerweile durch den Wegfall des Adressaten gegenstands-

---

1) RAnz. 1940, Nr. 4 und Nr. 9; vgl. dazu auch Koch DR 1944, 167; Nehring HansRGZ 1940, B, 76; Ritter DR 1940, 780.

2) Vgl. etwa OLG Dresden VRS 1, 78; OLG Hamburg VRS 1, 76; OLG Kiel Schlesw.Holst.Anz. 1948, 103; LG Kiel VRS 1, 310. Aus dem Schrifttum: Mälzig DRZ 1950, 103, Schmid-Loßberg MDR 1949, 610; Senckpiel MDR 1951, 648; in JR 1950, 581 und JR 1951, 524 bezeichnet S. die ADSp als "Gesetz im Sinne von Art. 2 EGBGB", ohne auf die Anordnung Bezug zu nehmen.

los geworden sei<sup>1)</sup>. Der Reichsverkehrsminister war nicht ermächtigt, Normen zu setzen<sup>2)</sup>; die ADSP sind also keine Rechtsverordnung und folglich keine rechtlichen Regelungen. Heute ist auch anerkannt, daß sie teilweise oder vollständig abbedungen werden können<sup>3)</sup>.

2. Ein Beispiel allgemeinverbindlicher aGB sind die "Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit aus dem Niederspannungsnetz der Elektrizitätsversorgungsunternehmen". Sie beruhen auf der Anordnung des durch § 7 EWG zur Einführung allgemeiner Bedingungen ermächtigten Generalinspektors für Wasser und Energie vom 27. Januar 1942 und stellen eine Rechtsverordnung dar<sup>4)</sup>.

3. Nach 1945 sind keine aGB mehr für allgemeinverbindlich erklärt worden. Sollte wieder eine Verbindlicherklärung von aGB ausgesprochen werden, so ist zu beachten, daß nach Art. 80 Abs. 1 GG die Bundesregierung, ein Bundesminister oder eine Landesregierung Rechtsverordnungen nur erlassen dürfen, wenn sie durch ein Gesetz dazu ermächtigt sind, das Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimmt. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so können die betreffenden aGB durch die Verordnung nicht wirksam werden.

- 
- 1) KG MDR 1950, 287; OLG Dresden BB 1950, 466; OLG Oldenburg Nds.Rpfl. 1948, 153; LG Hannover VRs 2, 154.  
Aus dem Schrifttum: Baumbach-Duden Anh. nach § 415; Ewald BB 1951, 882; Fikentscher BB 1961, 297; Krien JR 1949, 54; Krien-Hay § 2 ADSP Anm. 1, die die Meinung der Voraufgabe (S. 26 f.) aufgeben; Raiser SJZ 1950, 668; Ratz in RGRK-HGB § 407 Anm. 28 b; Schmidt-Tophoff MDR 1961, 186.
  - 2) Hamann MDR 1949, 209 f., der hier alle nur denkbaren Ermächtigungen eingehend untersucht.
  - 3) Fikentscher BB 1961, 300.
  - 4) Vgl. dazu BGHZ 9, 390 (392 f.); BGHZ 23, 175 (179); OLG Frankfurt NJW 1953, 1306 mit zustimmender Anmerkung von Fischerhof aaO. S. 1306 f.

### III: Die Kraftverkehrsordnung von 1936 (KVO)

Eine Sonderstellung unter den aGB nimmt die KVO ein. Sie enthält Bestimmungen über Art und Weise von Kraftwagentransporten und ist Bestandteil des Reichskraftwagentarifs (RKT), der außerdem in Tarifen die Preise für die Transporte festlegt. Der RKT wurde vom Reichsverkehrsminister erlassen und veröffentlicht<sup>1)</sup>. Da der Minister hierzu nicht ermächtigt und das Reichsverkehrsblatt nicht für die Veröffentlichung von Rechtsverordnungen zugelassen war, nahm der Erste Senat des Bundesgerichtshofs an, die KVO sei keine Rechtsverordnung<sup>2)</sup>. Der Zweite Senat sah dagegen die Tarife für unabdingbar an<sup>3)</sup>. Er betonte zugleich<sup>4)</sup>, daß er sich nicht in Widerspruch zur Ansicht des Ersten Senates setze, und führte aus, die beiden Teile des RKT seien verschieden zu behandeln: Während die KVO privatrechtliche Fragen regelt, dienen die Tarifbestimmungen dem Schutz der Eisenbahn vor einem Preiskampf mit dem Kraftwagenfernverkehr; sie seien daher im öffentlichen Interesse erlassen und müßten wegen dieser Zielsetzung unabdingbar sein<sup>5)</sup>.

Es bestand also der unschöne Zustand, daß die beiden Teile des RKT von der Rechtsprechung verschieden behandelt wurden. Deshalb griff der Gesetzgeber ein und bestimmte in dem durch das Gesetz zur Änderung des Güterkraftverkehrsgesetzes (GüKG) vom 3. Juni 1957<sup>6)</sup> neugefaßten § 106 Abs. 2 GüKG, daß der

---

1) Reichsverkehrsblatt 1936, B, S. 71 ff.

2) BGHZ 6, 145 (147); ebenso Clauß NJW 1956, 817; Guelde DB 1953, 394; Roesch NJW 1953, 1500; dagegen Augstein MDR 1953, 11.

3) BGHZ 8, 66 (68).

4) BGHZ 8, 66 (72).

5) BGHZ 8, 66 (68 f.).

6) BGBl I, S. 593 f.

RKT mit allen Änderungen als auf Grund der §§ 21 Abs. 1 und 25 GüKG erlassen gelte. Die §§ 21, 25 GüKG bestimmen das Verfahren, das heute bei Erlass neuer Tarife zu beachten ist.

Durch diese Fiktion ist die KVO zu einer wirksam erlassenen Rechtsverordnung geworden. Sie enthält daher rechtliche Regelungen ebenso wie die EVO.

#### IV: Ergebnis

Durch staatliches Handeln kann also, wenn die dafür aufgestellten Voraussetzungen gegeben sind, aGB die Wirkung rechtlicher Regelungen gegeben werden. Das hat aber nichts mit jenen "normativen Lehren" zu tun, die aGB als "fertig bereitliegende Rechtsordnung" oder "von der Wirtschaft geschaffenes Recht" ansehen. Hier beruht die Wirksamkeit der betreffenden aGB allein auf staatlicher Gesetzgebung im weiteren Sinne.

#### § 14: Das Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen als Gewohnheitsrecht

AGB haben normative Wirkung, wenn sie Gewohnheitsrecht sind; sie sind dann im einzelnen Rechtsverhältnis wirksam, auch soweit sie dispositive Gesetze abändern<sup>1)</sup>. Fraglich ist aber, ob aGB als Gewohnheitsrecht angesehen werden können.

Gewohnheitsrecht liegt dann vor, wenn eine nicht nur vorübergehende tatsächliche Übung in der Vorstellung befolgt wird, daß diese Übung Recht sei

---

1) Enneccerus-Nipperdey § 40 IV, S. 271; Larenz NJW 1951, 497; v. Tuhr I, S. 10.

(*opinio iuris sive necessitatis*)<sup>1)</sup>. Nipperdey nimmt an, Gewohnheitsrecht werde durch den normalerweise durch Übung manifestierten "Rechtsgeltungswillen" der Gemeinschaft erzeugt<sup>2)</sup>.

AGB entstehen nicht durch Übung, sondern durch den bewußten Akt eines "Kaufmanns" oder Verbandes. Sie werden überwiegend nicht deshalb beachtet, weil die Vorstellung besteht, daß sie "Recht" seien, sondern weil der "Kunde" sich der wirtschaftlichen Macht seines Vertragspartners beugt. Es ist daher nicht möglich, daß aGB Gewohnheitsrecht sind.

3. Teil: Die "vertraglichen Lehren" zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen

§ 15: Die Bedeutung der Aufstellung von allgemeinen Geschäftsbedingungen durch den "Kaufmann" für deren Vereinbarung

I: Die Aufstellung von allgemeinen Geschäftsbedingungen und § 315 BGB

Flume<sup>3)</sup> nimmt an, daß die Aufstellung von aGB ein dem § 315 BGB "gleichartiger" Fall sei. Larenz und der Bundesgerichtshof<sup>4)</sup> wollen den in § 315 BGB enthaltenen "Schutzgedanken", Lukes<sup>5)</sup> will den in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommenden "Grundgedanken" analog auf die Aufstellung von aGB anwenden. Flume<sup>6)</sup> nimmt deshalb an, daß der Aufsteller von aGB

---

1) RGZ 75, 40 (41); BVerfG 9, 109 (117).

2) Enneccerus-Nipperdey § 38 I, S. 261 und § 39 I 1, S. 265; ähnlich BAG AP Nr. 2 zu § 242 BGB (Betriebliche Übung) Bl. 1 R.

3) Festschrift S. 167.

4) Larenz I, § 8 IV, S. 96 ff.; BGHZ 38, 183 (186).

5) NJW 1963, 1897 ff. (besonders S. 1899).

6) Flume, Festschrift S. 169.

gehalten ist, die ihm überlassene Regelung des Rechtsverhältnisses "nach billigem Ermessen" zu treffen.

Damit verkennt Flume die Bedeutung des § 315 BGB. Nach dieser Vorschrift kann nicht der Inhalt eines Rechtsverhältnisses, sondern nur der einer Leistung bestimmt werden. Da aber aGB auf das ganze Rechtsverhältnis wirken sollen, kann § 315 BGB für deren Aufstellung nicht angewandt werden.

## II: Die Aufstellung von allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsgeschäft

Die Frage, ob die Aufstellung von aGB ein Rechtsgeschäft ist, wird überwiegend<sup>1)</sup> verneint. Die Veröffentlichung von aGB ist auch kein Vertragsantrag<sup>2)</sup>; der Antragsteller wäre dann nämlich nach § 145 BGB an seinen Antrag grundsätzlich gebunden, so daß der "Kaufmann" nach der Veröffentlichung nur schwer seine aGB ändern könnte. Ein "Antrag" muß ferner so bestimmt sein, daß seine bloße Bejahung zur Einigung über Inhalt und Gegenstand des Vertrages genügt<sup>3)</sup>. Das ist bei aGB nicht möglich, weil sie den Leistungsinhalt nicht bestimmen.

Lukes<sup>4)</sup> sieht dagegen die Aufstellung von aGB als rechtsgeschäftliche Handlung an und begründet dies folgendermaßen: Es sei allgemein anerkannt, daß die

---

1) Mayerhofer S. 17; Raiser, AGB S. 109; Soergel-Lange Anm. 89 vor § 145; weitere Nachweise bei Lukes JuS 1961, 303 in N. 14.

2) Hamelbeck S. 24; Haus S. 10; ROHG 12, 213 (214); RG JW 1905, 76 Nr. 10.

3) Palandt-Danckelmann § 145 Anm. 1.

4) Festschrift S. 477 f. sowie JuS 1961, 303 und 308.

Aufstellung von aGB durch mehrere Personen gemeinsam ein Rechtsgeschäft ist. Als Vertrag und damit als Rechtsgeschäft werde auch der Richtlinienvertrag<sup>1)</sup> angesehen, der nur Regeln oder Richtlinien schaffe und sonst keine Wirkung habe. Da das Rechtsgeschäft aber durch das Wollen eines rechtlichen Erfolges gekennzeichnet sei, könne der Richtlinienvertrag nur deshalb ein Rechtsgeschäft sein, weil jene Regeln als "rechtlicher Erfolg" angesehen würden. Daraus leitet Lukes ab, daß auch die von einer Einzelperson gesetzten Regeln einen "rechtlichen Erfolg" darstellen; für ihn ist daher die Aufstellung von aGB durch einen "Kaufmann" ein Rechtsgeschäft, obwohl sie nur Regeln schafft und sonst keine Wirkungen hat.

Aus dieser Prämisse zieht Lukes Schlußfolgerungen auf den späteren Abschluß eines Einzelvertrages durch "Kaufmann" und "Kunde": Da die Aufstellung von aGB ein Rechtsgeschäft sei, könne sie einer gesonderten rechtlichen Würdigung unterzogen werden<sup>2)</sup>. Wenn diese Untersuchung die Nichtigkeit der fraglichen aGB ergebe, so stehe damit zugleich fest, daß sie mit dem späteren Abschluß des Einzelvertrages nicht dessen Bestandteil werden könnten<sup>3)</sup>. Gleichwohl sei der Einzelvertrag im übrigen wirksam, ohne daß § 139 BGB "willkürlich" ausgeschlossen werden müsse<sup>4)</sup>.

Lukes' Ansicht ist unzutreffend. Schon sein Ausgangspunkt ist nicht richtig. Beim Richtlinienvertrag ist wie folgt zu unterscheiden: Werden die Regeln den Parteien des Richtlinienvertrages zur Be-

---

1) Im Sinne von Hueck Iher.Jahrb. 73, 47.

2) Lukes, Festschrift S. 479 und JuS 1961, 303.

3) Lukes, Festschrift S. 485 und JuS 1961, 308.

4) Lukes, Festschrift S. 485.

achtung empfohlen (was dann der Fall ist, wenn diese auch die Partner des Einzelvertrages sind), so entfaltet er Wirkungen und ist deshalb und nicht aus dem von Lukes angeführten Grund ein Rechtsgeschäft<sup>1)</sup>. Ist dies nicht der Fall, so liegt eine lediglich unverbindliche Meinungsäußerung vor, die kein Rechtsgeschäft ist<sup>2)</sup>.

Die Willenserklärungen der Partner des später geschlossenen Einzelvertrages enthalten auch, wenn die betreffenden aGB nichtig sind, keinen "unwirksamen" Teil, wie Lukes<sup>3)</sup> meint. Es liegt überhaupt keine Willenserklärung vor, weil etwas Nichtiges nicht gewollt werden kann. Gerade das ist aber der in § 139 BGB tatbestandsmäßig umschriebene Sachverhalt. Lukes' Auffassung führt also nicht an § 139 BGB vorbei.

§ 16: Lehren, die für das Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen einen Vertrag zwischen "Kaufmann" und "Kunde" fordern

#### I: Voraussetzungen des Vertragsschlusses

Das "Wesen des Vertrages" soll darin liegen, daß mindestens zwei Rechtssubjekte sich einigen, eine von ihnen gewollte rechtliche Wirkung herbeizuführen<sup>4)</sup>. Der Vertrag beruht auf dem Gedanken der rechtlichen Gleichordnung der Partner<sup>5)</sup>; diesen steht die Vertragsfreiheit zu, die grundrechtlich gewährleistet ist<sup>6)</sup>.

---

1) Raiser, Festschrift S.111.

2) Raiser aaO.; Sandrock AcP 159, 528 f.

3) aaO. S. 485 f.

4) Erman-Hefermehl Anm. I 1 vor § 145; Lehmann § 33 I, S. 216; Palandt-Danckelmann Anm. 1 vor § 145.

5) Erman-Hefermehl Anm. I 3 vor § 145.

6) Erman-Hefermehl Anm. II 1 vor § 145; Palandt-Danckelmann Anm. 3 a vor § 145.

Ein Vertrag kann daher nur dann wirksam sein, wenn die Parteien einen wirklichen, also individuellen Willen erklärt haben. Diese Erklärung kann auch in einem Stillschweigen zum Ausdruck kommen, sie darf aber nicht fingiert oder aus einem "typischen" Verhalten gefolgert werden. Da beide Partner die gleiche Freiheit haben, stehen sie gleichberechtigt nebeneinander, so daß keiner eine Herrschaft über den anderen ausüben darf.

## II: Überblick über Rechtsprechung und Lehre

Obwohl heute die "normativen Lehren" fast durchweg abgelehnt werden<sup>1)</sup>, findet sich in Rechtsprechung und Schrifttum keine Lehre, die einen Vertragsschluß nur dann bejaht, wenn alle die unter I aufgezählten Merkmale erfüllt sind. So heißt es in einem Urteil des Bundesgerichtshofes, das die normative Wirkung der ADSP verneint<sup>2)</sup>, zu der Frage, wann diese wirksam werden: "Wie der Senat ... ausgeführt hat, bedarf es stets einer Unterwerfung beider Vertragsparteien unter die ADSP, die freilich auch stillschweigend erfolgen kann. Eine stillschweigende Unterwerfungserklärung des Auftraggebers kann jedoch nur angenommen werden, wenn er wußte oder wissen mußte, daß der Spediteur seinen Geschäften die ADSP zugrunde zu legen pflege"<sup>3)</sup>.

Auch im Schrifttum wird keine Lehre vertreten, die das Wirksamwerden von AGB nur dann bejaht, wenn zwei gleichberechtigte Partner einen entsprechenden realen Willen übereinstimmend erklären. Dies zeigt sich schon in einer ungenauen Ausdrucksweise. So wird davon gesprochen, daß AGB nach Treu und Glauben

---

1) Vgl. die Nachweise auf S. 101 in N. 1.

2) BGHZ 18, 98 (100).

3) BGHZ 18, 98 (99).

bzw. stillschweigend als vereinbart "gelten"<sup>1)</sup>. Ein wirklicher Vertrag ist geschlossen oder nicht geschlossen, aber er "gilt" nicht (fiktiv) als zustandegekommen.

### III: Mit dem Vertrag als freier, realer Willens- übereinstimmung unvereinbare Begriffe

Schrifttum und Rechtsprechung verwenden Bezeichnungen und stellen auf Umstände ab, die eine reale, freie Willensübereinstimmung der Partner nicht begründen können. Darin zeigt sich, daß die Auffassung, aGB könnten nur durch einen Vertrag zwischen "Kaufmann" und "Kunde" wirksam werden, nicht konsequent durchgeführt wird. Dies wird durch eine nähere Untersuchung der einzelnen Begriffe deutlich werden.

#### 1. Die "Unterwerfung"

Der Abschluß eines Vertrages unter Zugrundelegung von aGB wird durchweg als "Unterwerfung" bezeichnet<sup>2)</sup>. Das ist unzulässig. Wie aus § 305 BGB hervorgeht, wird ein Vertrag durch freie, gleichberechtigte Personen geschlossen. "Unterwerfung" bedeutet dagegen, daß der sich Unterwerfende eine Herrschaft anerkennt. Eine "Preisgabe der Selbstbestimmung und die Unterwerfung unter eine Gestaltung von Rechtsverhältnissen in Fremdherrschaft"<sup>3)</sup> ist jedoch nicht zulässig. Das folgt unmittelbar aus dem Begriff der Vertragsfreiheit. Für die Testierfreiheit ist in

---

1) Heidland S. 107; Reuver ZBH 1928, 67; Richter JW 1929, 2034.

2) So etwa von Clauß MDR 1959, 167; Droste S. 2; Mroch S. 8; Schwinge S. 97; aus der Rechtsprechung BGHZ 17, 1 (2); BGHZ 18, 98 (99); BGH JZ 1965, 27.

3) Flume, Festschrift S. 168.

§ 2065 BGB ausdrücklich bestimmt, daß der Erblasser die Entscheidung über die Gültigkeit seiner Verfügung und die Person des Erben nicht einem Dritten überlassen darf.

Daß der Begriff "Unterwerfung" immer noch verwendet wird, läßt darauf schließen, daß die Rechtsprechung die Ablehnung der "normativen Lehren" nicht bis in alle Einzelheiten und Auswirkungen durchgeführt hat. Besonders deutlich wird dies in dem wiederholt<sup>1)</sup> gebrauchten Ausdruck "beiderseitige Unterwerfung". Das kann nur bedeuten, daß die Vertragspartner sich den AGB unterwerfen. Darin klingt wieder deren über-individueller, normativer Charakter an. Bezeichnen-derweise benutzte auch Herschel, der energische Befürworter "normativer Lehren", diese Wendung<sup>2)</sup>.

Der Begriff "Unterwerfung" wird in verschiedenen Gesetzen verwendet. Er findet sich etwa in den §§ 28 BörsenG, 794 Abs. 1 Nr. 5 und 800 ZPO, 67 OWiG und 445 RAO. In diesen Vorschriften hat "Unterwerfung" eine rein öffentlich-rechtliche Bedeutung, die ihre Übertragung auf das Recht der AGB verbietet<sup>3)</sup>.

Schon vor dem Urteil des Reichsgerichts vom 31. Januar 1941 wurde in der Rechtsprechung wiederholt von "Unterwerfung" gesprochen<sup>4)</sup>. Dies war einmal ein

---

1) BGHZ 12, 136 (139); BGHZ 17, 1 (2); BGH VersR 1954, 163; BGH NJW 1959, 1679 Nr. 7.

2) DR 1942, 754 f.

3) Über die Unterschiede im einzelnen Meeske BB 1959, 858.

4) So etwa in RGZ 103, 84 (86); 111, 310 (311); 112, 253 (258); 126, 324 (327); RG SächsABR 1898, 119; RG JW 1927, 1467 Nr. 4; KG ROLG 14, 371; Hans.OblG HansGZ 1910, Nr. 64; OLG Hamburg LZ 1915, 860 sowie BankA 9, 203 und ROLG 37, 51.

Ausdruck für die unfreie Stellung des "Kunden", der entweder die aGB akzeptieren oder vom Vertragsschluß absehen mußte<sup>1)</sup>; zum anderen war es eine verfehlt Bezeichnung für "Willenserklärung".

In der Rechtslehre wird angenommen, daß der in einen Verein Eintretende sich dessen Satzung "unterwerfe"<sup>2)</sup>. Diese Situation ist z. B. gegeben, wenn ein Versicherungsnehmer Mitglied eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit wird. Da hier nach § 10 Abs. 2 VAG die Versicherungsbedingungen in die Satzung aufgenommen werden können, "unterwirft" der Versicherungsnehmer sich ihnen. Wegen der Gleichstellung der Vereinsmitglieder ist es aber verfehlt, dieses Wort hier zu gebrauchen. Bei allen anderen Arten von aGB, die Bestandteil eines einzelnen, zwischen einem "Kaufmann" und einem "Kunden" geschlossenen Vertrages werden sollen, ist eine Körperschaft nicht beteiligt, so daß schon deshalb nicht von "Unterwerfung" gesprochen werden kann<sup>3)</sup>. Daß dieses Wort trotzdem verwendet wird, zeigt, daß die Lehre C. Schmitts noch weiter wirkt: Für das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" ist das "Unternehmen" eine "konkrete Ordnung"<sup>4)</sup>, deren "Ausfluß", d. h. den von ihm verwendeten aGB, der "Kunde" sich ebenso "unterwerfen" kann wie der Satzung eines Vereins.

Von "Unterwerfung" wird ferner bei der Begründung eines Beamtenverhältnisses gesprochen. Das zeigt die hoheitsrechtliche Ausrichtung dieses Begriffes. Er ist daher für den Vertrag und das Privatrecht überhaupt nicht verwendbar.

---

1) Besonders deutlich wird dies in RGZ 111, 310 (311) ausgesprochen.

2) Vgl. statt aller Enneccerus-Nipperdey § 108 II, S. 652.

3) Gegen den Begriff "Unterwerfung" Bobrowski S. 29; v. Brunn AcP 159, 549; Flume, Festschrift S. 168; einschränkend Hildebrandt JR 1955, 327.

4) Vgl. oben S. 83 f.

## 2. Das "Kennen-Müssen"

In einem bei Goldschmidt<sup>1)</sup> zitierten Urteil des Handelsgerichts Elberfeld heißt es: Zu einem Vertrag gehöre eine Einwilligung; eine Einwilligung setze aber voraus, daß man das, wozu man einwillinge, kenne. Diese Kenntnis folge aber nicht aus der Unterzeichnung eines Frachtbriefes, da nicht feststehe, daß der Absender wirklich die "Stipulationen des Reglements" gekannt habe. Die Entwicklung ist über diese Ansicht hinweggegangen. Schon Goldschmidt hatte sie abgelehnt und dies mit dem Hinweis auf einen anonymen Aufsatz<sup>2)</sup> begründet, der es als für einen Vertragsschluß genügend ansah, daß eine Privatperson in einem Angebotsschreiben sich auf eine nicht beiliegende Urkunde bezog, weil es auch ausreiche, wenn eine Behörde sich in einem Erlaß auf ein anderes Dekret beziehe oder wenn eine gesetzliche Vorschrift in einem Vertrag erwähnt, aber nicht ausgesprochen sei.

An dieser Gleichsetzung zeigt sich, daß AGB wie rechtliche Regelungen behandelt werden. Die Rechtsprechung zum "Kennen-Müssen" ist aus der Erwähnung von AGB in einem Gesetz entwickelt worden. Das Handelsgericht Frankenthal<sup>3)</sup> hatte angenommen, daß jeder "Kunde" der Eisenbahnen wissen mußte, daß diese den Transport nur zu besonderen Bedingungen durchführten, weil die Art. 423 ff. ADHGB im einzelnen bestimmten, welche Fragen durch "Reglements im voraus" geregelt werden konnten. Ein ähnlicher Schluß hätte auch bei allgemeinen Versicherungsbedingungen gezogen werden können. Nach § 4 Abs. 3 Ziff. 2 PVG<sup>4)</sup>

---

1) ZHR 4, 596 N. 26.

2) ZHR 3, 135 ff., besonders S. 140 bis 142.

3) ZHR 12, 599.

4) Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12.5.1901, RGBI S. 139 ff.

- heute § 5 Abs. 3 Ziff. 2 VAG - mußte eine Versicherungsgesellschaft ihre AVB der Aufsichtsbehörde vorlegen, bevor sie den Geschäftsbetrieb aufnehmen durfte. Jeder "Kunde", der mit einer Versicherungsgesellschaft abschloß, "mußte" sich daher sagen, daß sein Vertragspartner aGB verwendete.

Bei allen anderen Arten von aGB ist dies nicht möglich. Trotzdem begnügt sich die Rechtsprechung<sup>1)</sup> heute mit dem formelhaften Satz, daß aGB für das einzelne Rechtsverhältnis wirken, wenn der "Kunde" wisse oder wissen müsse, daß sein Vertragspartner aGB verwendet. Diese Auffassung ist mit einer Lehre, die für das Wirksamwerden von aGB einen Vertrag, also ein Rechtsgeschäft, verlangt, unvereinbar. Das Rechtsgeschäft ist nach den Motiven zum BGB nämlich dadurch gekennzeichnet, daß in ihm "ein auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichteter Wille sich betätigt"<sup>2)</sup>. Hier ist also von "Kennen-Müssen" nicht die Rede. Die Verwendung dieses Begriffes kann daher nur dadurch erklärt werden, daß die Ansicht, aGB wirkten normativ, nicht überwunden ist. Soweit schon in den zwanziger Jahren von "Kennen-Müssen" gesprochen wird<sup>3)</sup>, zeigt dies, daß "normative Lehren" schon unausgesprochen die Rechtsprechung beherrschten, bevor aGB als "fertig bereitliegende Rechtsordnung" bezeichnet wurden.

Fälle einer Gleichstellung von Kennen und "Kennen-Müssen" finden sich im Gesetz etwa in den §§ 122 Abs. 2, 142 Abs. 2, 179 Abs. 3 S. 1, 254 Abs. 2, 824 Abs. 1 und 932 Abs. 2 BGB. Diese Vorschriften

---

1) Vgl. statt aller BGHZ 18, 98 (99); aus dem Schrifttum Droste S. 2.

2) Diese Definition ist in RGZ 68, 322 (324) wiedergegeben. Das Reichsgericht billigt sie hier und in RGZ 122, 138 (140).

3) Vgl. die Nachweise auf S. 25 in N. 1.

behandeln die Fragen, wann ein Schadensersatzanspruch gegeben ist oder welche Voraussetzungen bzw. Folgen die "Bösgläubigkeit" hat. In der Rechtsge-  
schäftslehre, wo es darum geht, zu entscheiden, was vereinbart worden ist, kann mit dem Begriff "Kennen-Müssen" nicht gearbeitet werden.

Wenn die Rechtsprechung von "Kennen-Müssen" spricht, macht sie dem "Kunden" einen Vorwurf daraus, daß er sich nicht nach den aGB seines Partners erkundigt und damit eine Pflicht verletzt hat. Diese Pflicht soll sich daraus ergeben, daß Art bzw. Umfang des Geschäftsbetriebes des anderen Teils die Verwendung von aGB erwarten ließen<sup>1)</sup>, daß eine jahrelange Geschäftsbeziehung bestand<sup>2)</sup> oder daß die aGB veröffentlicht waren<sup>3)</sup>. Hier wird bei der Prüfung, was Inhalt einer Willenserklärung geworden ist, auf ein Verschulden abgestellt. Das ist unzulässig. Nach einem Verschulden ist nur bei einer unerlaubten Handlung zu fragen.

Das eben Ausgeführte gilt auch, soweit auf Seiten des "Kunden" ein "Kennen-Können" vorliegt. Dieser von der Rechtsprechung nicht von "Kennen-Müssen" unterschiedene Fall liegt dann vor, wenn die Gelegenheit, von aGB Kenntnis zu nehmen, für den "Kunden" besonders nahe lag, wenn ihm etwa die aGB seines Partners früher zugesandt worden waren<sup>4)</sup>, ohne daß er sie zur Kenntnis genommen hatte. "Kennen-

---

1) RG JW 1937, 298 Nr. 2; RG BankA 28, 203 (204); BGH NJW 1959, 1679 Nr. 7; vgl. ferner Hans.OblG HansRGZ 1928, B, 630 (638); OLG Hamburg ROLG 39, 143.

2) BGH NJW 1962, 1195.

3) RGZ 103, 84 (86); RG JW 1931, 1958; OLG Hamburg ROLG 35, 308.

4) So z. B. in RG Recht 1929, Nr. 795; vgl. auch Senckpiehl S. 22.

Können" und "Kennen-Müssen" sind beides Begriffe, die zur Definition des Begriffs Fahrlässigkeit, nicht aber zur Definition des Begriffs Willenserklärung herangezogen werden.

Daß der Bundesgerichtshof und - ihm folgend - die Lehre<sup>1)</sup> für einen Vertragsschluß unter Zugrundelegung von aGB ein "Kennen-Müssen" des "Kunden" ausreichen lassen, ist unvereinbar mit der Rechtsprechung zur Frage des stillschweigenden Haftungsausschlusses bei Gefälligkeitsfahrten und der stillschweigenden Vollmachtserteilung.

Zum Haftungsausschluß führt der Bundesgerichtshof aus: "Die Abgabe der hier in Frage kommenden (scil. einen Haftungsausschluß enthaltenden) Willenserklärungen setzt also begrifflich voraus, daß der Fahrgast sich tatsächlich der Möglichkeit des Eintritts einer Gefahr ... bewußt gewesen ist"<sup>2)</sup>. Daß der Verletzte mit der Möglichkeit einer Gefährdung nur rechnen mußte, erklärt der Bundesgerichtshof ausdrücklich nicht für ausreichend<sup>3)</sup>. Er ist von diesem Urteil später<sup>4)</sup> in hier nicht interessierenden Punkten abgewichen, seine Haltung zur Frage des "Kennen-Müssens" hat er aber nicht geändert.

---

1) Soergel-Lange Anm. 92 vor § 145; Staudinger-Coing Anm. 24 k vor § 145; früher schon Haus S. 11, 14, 34; Senckpiehl S. 22.

2) BGHZ 2, 159 (163); Etzler betont S. 18, daß dieses Urteil der Rechtsprechung zum Wirksamwerden von aGB widerspricht.

3) BGHZ 2, 159 (161).

4) BGHZ 34, 355 ff.

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs muß bei der schlüssigen oder stillschweigend erteilten Vollmacht ein entsprechender Wille des Vollmachtgebers festgestellt werden<sup>1)</sup>. Bei der Duldungsvollmacht ist - im Gegensatz zur Anscheinsvollmacht - erforderlich, daß der Vertretene das Verhalten des vollmachtlosen Vertreters kennt<sup>2)</sup>. Auch hier wird also von "Kennen-Müssen" nicht gesprochen.

Es ist daher erstaunlich, daß bei aGB das bloße "Kennen-Müssen" für eine wirksame Vereinbarung ausreichen soll. Daß aGB "in Übung" sind, genügt als Begründung hierfür nicht. Die aGB sind doch nur deshalb in Übung, weil der "Kaufmann" sie durch seine wirtschaftliche Macht durchgesetzt hat. Wenn das "Kennen-Müssen" als Wirkungsgrund ausreichen soll, so liegt darin letztlich eine Kapitulation vor wirtschaftlicher Macht.

Der Begriff "Kennen-Müssen" beinhaltet eine Art "statistischen" Denkens. Wenn die Mehrheit der Rechtsgenossen das Bestehen von aGB kennt, dann "muß" die Minderheit dem folgen. Wer also das "Kennen-Müssen" für einen Vertragsschluß als ausreichend erklärt, stellt auf einen vermuteten Durchschnittswillen ab und übergeht dabei völlig den wirklichen Willen des einzelnen Menschen, um dessen Rechte es in dem betreffenden Prozeß geht.

---

1) BGH LM Nr. 10 zu § 167 BGB Bl. 1 R.

2) BGH LM Nr. 9 zu § 164 BGB Bl. 2; BGH LM Nr. 13 zu § 167 BGB Bl. 1 R; vgl. auch Kuhn in RGRK-BGB § 167 Anm. 6.

### 3. Die Veröffentlichung von allgemeinen Geschäftsbedingungen

Es ist in Rechtsprechung<sup>1)</sup> und Schrifttum<sup>2)</sup> anerkannt, daß aGB wirksam werden, wenn sie "ordnungsmäßig" veröffentlicht worden sind. Dies ist dann der Fall, wenn ein "Kaufmann", dessen Betrieb nach Art und Umfang so beschaffen ist, daß das Publikum mit aGB rechnet, seine aGB durch Anzeige in Zeitungen, die vom betreffenden Kundenkreis gelesen werden, oder durch Aushang bekanntmacht.

Aus der Veröffentlichung von aGB allein folgt deren Wirksamwerden noch nicht. Bei einer "ordnungsmäßigen" Veröffentlichung soll es aber "Treu und Glauben" widersprechen, wenn der "Kunde" sich auf seine Unkenntnis der aGB beruft<sup>3)</sup>. Bei veröffentlichten aGB wird angenommen, daß im Zweifel der Vertragsantrag des "Kunden" sich auf die betreffenden aGB stütze<sup>4)</sup> und dieser stillschweigend voraussetze, daß sie Vertragsinhalt werden<sup>5)</sup>. Schließlich "muß" der "Kunde" bei einer "ordnungsmäßigen" Veröffentlichung mit aGB rechnen, sie also "kennen"<sup>6)</sup>.

Daß aus der Veröffentlichung von aGB das "Kennen-Müssen" des "Kunden" folgen soll, macht deutlich, daß in einer Lehre, die für das Wirksamwerden von aGB nicht nur dem Namen, sondern auch der Sache

---

1) ROHG 12, 213 (214); RGZ 103, 84 (86); RG JW 1931, 1958; OLG Hamburg ROLG 35, 308.

2) Erman-Hefermehl Anm. III 3 c vor § 145; Heidland S. 114; Michel S. 25; Wendt S. 34 f.

3) KG ROLG 14, 372.

4) ROHG 12, 213 (215).

5) Senckpiehl S. 25.

6) Vgl. die Nachweise auf S. 25 in N. 1.

nach einen Vertrag verlangt, deren Veröffentlichung keine Bedeutung haben kann. Das wird noch durch folgende Überlegung bestätigt: Wenn es Treu und Glauben widersprechen soll, daß der "Kunde" sich auf seine Unkenntnis beruft<sup>1)</sup>, so wird damit zugegeben, daß seine Kenntnis nicht verlangt wird. Dies ist aber mit dem von der Rechtsprechung<sup>2)</sup> gebilligten Begriff des Rechtsgeschäfts unvereinbar. Bezeichnenderweise wird davon gesprochen, daß hier eine "Nachlässigkeit" vorliege, die jede "Entschuldigung" ausschließe<sup>3)</sup>. Damit wird auf Verschuldensgesichtspunkte abgestellt, was bei Willenserklärungen unzulässig ist.

"Veröffentlichung" ist ein Begriff des Staatsrechts. Daß er bei Willenserklärungen gebraucht wird, zeigt, wie sich der Einfluß "normativer Lehren" in einer Nivellierung sachlicher Unterschiede bemerkbar macht. So vergleicht Senckpiehl<sup>4)</sup> den Aushang von AGB im Geschäftslokal damit, daß Gerichte Zustellungen durch Anschlag an die Gerichtstafel bewirken, ohne zu beachten, daß dieses Verfahren in § 204 Abs. 2 ZPO zugelassen ist. Darin wird wieder deutlich, daß die "normativen Lehren" schon vor dem Urteil des Reichsgerichts vom 31. Januar 1941 zwar nicht die Begründung, wohl aber die Ergebnisse der zur Frage des Wirksamwerdens von AGB ergangenen Urteile beeinflussen haben.

Bei einer Veröffentlichung von AGB fehlt es an einem bestimmten Adressaten, und die Begründung des Zugangs einer empfangsbedürftigen Willenserklärung bereitet Schwierigkeiten. Die Veröffentlichung von

---

1) KG ROLG 14, 372.

2) RGZ 68, 322 (324); 122, 138 (140).

3) HG Frankenthal ZHR 12, 599.

4) S. 33.

aGB wird auch nicht als "Angebot" im Sinne des § 145 BGB angesehen<sup>1)</sup>. Wenn aber die Willenserklärung des "Kunden" im Sinne der veröffentlichten aGB ausgelegt wird, auch wenn dieser sie nicht kennt, so hat der "Kaufmann" ihre Wirksamkeit erreicht, ohne die Voraussetzungen der Bestimmtheit des Antrags und des Zugangs erfüllt zu haben. Mit der Rechtsprechung zur Veröffentlichung von aGB werden also im Sinne der "normativen Lehren" unter dem "Deckmantel" der vertraglichen Auffassung Ergebnisse erzielt, die sonst nicht zu begründen wären. Eine "vertragliche Lehre" zum Wirksamwerden von aGB darf daher mit diesem Begriff nicht arbeiten.

#### IV: Ungenügende Beachtung des erklärten Willens der Vertragspartner

1. "Inhaltskontrolle" durch unrichtige Feststellung der Grenzen der Willenserklärung des "Kunden"

Die Rechtsprechung<sup>2)</sup> nimmt an, daß die "Unterwerfung" des "Kunden" unübliche oder unbillige Klauseln nicht decke. Die Literatur ist dem beigetreten<sup>3)</sup>; es finden sich nur geringfügige Varianten. So führt Ehrenzweig<sup>4)</sup> aus, daß "versicherungswirtschaftlich unsinnige" Klauseln in Versicherungsbe-

---

1) Vgl. etwa Hamelbeck S. 24; Haus S. 10; Raiser, AGB S. 110; RG JW 1905, 76 Nr. 10.

2) BGHZ 17, 1 (3); 33, 216 (219); 38, 183 (185). Für die frühere Zeit vgl. etwa RGZ 103, 84 (86); RG JW 1931, 1958; RG JW 1936, 2093.

3) Baumbach-Duden Einf. Buch III Anm. 3 E; Erman-Hefermehl Anm. III 4 b vor § 145; Hamelbeck S. 34; Kost S. 27.

4) HansRGZ 1929, A, 397; E. zitiert aaO. Sp. 391 ein Urteil der Cour de Paris vom 19.12.1849, die die gleiche Meinung für das französische Recht vertritt.

dingungen nicht Vertragsinhalt würden. Haus und Naegeli legen die Willenserklärung des "Kunden" aus und kommen zu dem Ergebnis, daß dieser sich nur billigen und nicht außer Verhältnis zu seiner Leistung stehenden Klauseln unterwerfen wolle<sup>1)</sup> oder zumindest einen Vorbehalt in der Richtung mache, daß ungewöhnliche Klauseln nicht vereinbart werden sollten<sup>2)</sup>. Daß hier dem Inhalt der betreffenden aGB Bedeutung zugemessen wird, entspricht nicht der Rechtsprechung zum "Kennen-Müssen". Wenn der "Kunde" die aGB nur kennen "muß", so bedeutet dies nämlich, daß seine genaue Kenntnis des Inhalts nicht verlangt wird. Für das "Kennen-Müssen" soll es ausreichen, daß der "Kunde" nicht den Inhalt, sondern nur die häufige Verwendung von aGB durch die Angehörigen eines bestimmten Wirtschaftskreises "kennen muß"<sup>3)</sup>.

Wenn die Erklärung des "Kunden" in der angegebenen Weise einschränkend ausgelegt wird, so führt dies zum versteckten Dissens, falls gleiches nicht auch mit der Willenserklärung des "Kaufmanns" geschieht. Das hat bisher noch niemand getan. Nur Haus<sup>4)</sup> spricht von "redlichen Parteien" (also meint er wohl auch den "Kaufmann"), die keinen Vertrag schließen wollen, der eine von ihnen übervorteilt. Würde die Willenserklärung des "Kaufmanns" ebenfalls einschränkend ausgelegt werden, so müßte dieser nach § 119 BGB anfechten können, da er das Wirksamwerden seiner aGB in vollem Umfang will, dieser Wille aber in der vom Richter festgestellten Erklärung nicht zum Ausdruck kommt.

---

1) Haus S. 22.

2) Naegeli S. 148.

3) BGHZ 17, 1 (2) geht davon aus, daß der "Kunde" nicht "die Einzelheiten kennen muß".

4) S. 21.

Der Richter überschreitet mit einer solchen Auslegung die ihm gesetzten Grenzen. Er kann zwar an Hand des Gesetzes, namentlich also nach §§ 134 und 138 BGB, darüber entscheiden, ob eine von den Parteien getroffene Regelung wirksam ist. Hier geht es aber darum, welchen Inhalt eine Vereinbarung hat. Wenn nur das erklärt sein soll, was der Richter für "üblich" oder "billig" hält, so tritt sein Urteil an die Stelle der Erklärungen der Parteien. Das ist nicht zulässig. Der Bundesgerichtshof sagt selbst<sup>1)</sup>, daß ein von den Parteien so und nicht anders geschlossener Vertrag vom Richter nicht nach § 242 BGB abgeändert werden darf. Warum wird dies hier nicht beachtet?

Die Auffassung Ehrenzweigs scheitert schon daran, daß es keine gesetzliche Vorschrift gibt, die den Parteien verbietet, "versicherungswirtschaftlich unsinnige" Klauseln zu vereinbaren.

Der von den Parteien erklärte Wille wird ferner nicht beachtet, wenn bei der Auslegung von aGB nicht auf die Interessen der Vertragspartner, sondern auf die Belange der Wirtschaftskreise abgestellt wird, denen die Vertragschließenden angehören<sup>2)</sup>. Für den zwischen "Kaufmann" und "Kunde" geschlossenen Vertrag sind aber Verbandsinteressen unbeachtlich. Jede Auslegung, die nicht auf die individuelle Vereinbarung beschränkt bleibt, ist von "normativen Lehren" beeinflusst.

---

1) BGHZ 9, 273 (279).

2) BGHZ 22, 90 (98); OLG Köln VersR 1951, 160; vgl. auch v. Brunn S. 89; Koch DR 1944, 168.

## 2. Das Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Grund ergänzender Vertragsauslegung

Nach Hamelbeck<sup>1)</sup> werden veröffentlichte aGB nach § 157 BGB wirksam, auch wenn der "Kunde" sie nicht kennt; auf den wirklichen Willen der Vertragsparteien soll es dabei nicht ankommen.

Die ergänzende Vertragsauslegung dient der Vervollständigung eines lückenhaften Vertrages; sie sucht aus der Vereinbarung der Vertragsparteien eine Regelung zu finden für einen Punkt, über den sie nichts erklärt haben, der aber einer Regelung bedarf<sup>2)</sup>. Dabei darf nur der Vertragsinhalt soweit ergänzt werden, als dies zur Erreichung des "Vertragszwecks" erforderlich ist, nicht aber der Vertragswille der Parteien<sup>3)</sup>.

AGB sollen das dispositive Recht verdrängen. Sind sie nicht wirksam, so wird das Rechtsverhältnis nach dem dispositiven Recht beurteilt. Es liegt also keine "Lücke" vor; aGB sind für den Bestand des Rechtsgeschäfts nicht notwendig. Es braucht nicht untersucht zu werden, ob es einen "Vertragszweck"<sup>4)</sup> gibt. Bei aGB fehlt es hieran schon deshalb, weil sie allein den "Zwecken" des "Kaufmanns" dienen. Daher ist die ergänzende Vertragsauslegung hier nicht zulässig.

Sie findet ihre Grenze ferner da, wo ein entgegenstehender wirklicher Wille festgestellt werden kann. Der "Kunde" hat für das Wirksamwerden der aGB seines

---

1) S. 32.

2) Staudinger-Coing Anm. 37 zu § 133.

3) BGHZ 9, 273 (278).

4) im Sinne des BGH aaO.

Vertragspartners nichts ausdrücklich erklärt. Da er durch sie in seinen Rechten beschnitten wird, darf ihm auch nicht unterstellt werden, er habe sie stillschweigend gewollt. Wenn das Wirksamwerden von aGB trotzdem mit einer ergänzenden Auslegung des Vertrages begründet wird, so liegt darin eine unzulässige Nichtbeachtung des wirklichen zugunsten eines hypothetischen Willens.

Mit der ergänzenden Vertragsauslegung kann also das Wirksamwerden von aGB nicht gerechtfertigt werden.

#### V: Ergebnis

Obwohl heute für das Wirksamwerden von aGB fast durchweg ein Vertrag für erforderlich gehalten wird, finden sich in den Begründungen immer wieder Elemente, die im Vertragsrecht keinen Raum haben oder die noch direkte Überreste "normativer Lehren" sind. Deren Ablehnung wird also weitgehend nur dem Namen nach vertreten, aber nicht folgerichtig durchgeführt.

§ 17: Das Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen als Verkehrssitte oder Handelsbrauch

#### I: Begriff und Wirkung der Verkehrssitte

Nach § 157 BGB sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. In gleicher Weise hat nach § 242 BGB der

Schuldner seine Leistung zu bewirken. Die Verkehrssitte kann als "die im Verkehr bestimmter Kreise herrschende tatsächliche Übung"<sup>1)</sup> bezeichnet werden. Die Verkehrssitte erlaubt, auf außerhalb des Vertrages gegebene Umstände da Rücksicht zu nehmen, wo die individuellen Vereinbarungen nicht ausreichen oder keine vorliegen, indem durch sie ein Rechtsgeschäft ergänzt wird.

Eine ältere Auffassung nimmt an, daß die Verkehrssitte nur dann für ein Rechtsverhältnis wirksam ist, wenn die Parteien sie befolgen wollen, also zur "pars contractus" gemacht haben<sup>2)</sup>. Heute<sup>3)</sup> ist dagegen herrschende Ansicht, daß die Verkehrssitte immer berücksichtigt werden muß, gleich ob die Vertragspartner sie gekannt haben oder nicht, sofern diese sie nur nicht ausgeschlossen haben<sup>4)</sup>. Der Versuch, die Verkehrssitte dem Gewohnheitsrecht gleichzustellen<sup>5)</sup>, hat sich nicht durchgesetzt<sup>6)</sup>.

---

1) Erman-Hefermehl § 157 Anm. 3; ähnlich Palandt-Danckelmann § 157 Anm. 3.

2) Goldschmidt, Handbuch I, S. 334; Laband ZHR 17, 466 ff. (479, 482, 497, 507); ROHG 6, 76 (78); RG JW 1903, 9.

3) Vgl. den geschichtlichen Überblick bei Oertmann S. 60 ff. und Sachse AcP 127, 289 f.

4) Erman-Hefermehl § 157 Anm. 3 c; Gallois JR 1956, 48; Klausning JW 1924, 814; Palandt-Danckelmann § 157 Anm. 3; Schlegelberger-Hildebrandt § 346 Anm. 6; aus der Rechtsprechung: RGZ 97, 215 (218); KG JW 1928, 1754; BGH BB 1954, 83.

5) v. Godin in RGRK-HGB § 346 Anm. 2; Raiser, AGB S. 82.

6) Enneccerus-Nipperdey § 41 IV, S. 273; Koehler S. 15; Lukes, Kartellvertrag S. 26 N. 28; Oertmann S. 352; Soergel-Siebert-Knopp § 157 Anm. 38; Staudinger-Going § 133 Anm. 12; v. Tuhr I, S. 31; BGH BB 1956, 868.

Die Verkehrssitte wirkt anders als das Gesetz, nämlich nicht selbständig, sondern nur (ein Rechtsgeschäft oder ein Gesetz) ergänzend.

Der Handelsbrauch ist ein Unterfall der allgemeinen Verkehrssitte; er wirkt nach § 346 HGB nur unter Kaufleuten, ist also in seinem personellen Anwendungsbereich enger. Daß er anders als nach § 157 BGB die Verkehrssitte für alle "Handlungen und Unterlassungen" wirkt, besagt für aGB nichts, da "Kaufmann" und "Kunde" jedenfalls hinsichtlich Leistung und Gegenleistung ein Rechtsgeschäft abschließen.

## II: Allgemeine Geschäftsbedingungen als Verkehrssitte

AGB wirken also für das einzelne Rechtsverhältnis ohne eine entsprechende Willenserklärung der Vertragspartner, wenn ihre Regelungen inhaltlich Verkehrssitte sind; dann werden nämlich die Erklärungen der Parteien entsprechend ergänzt. AGB können keine Verkehrssitte sein. Dagegen spricht einmal die Tatsache, daß in aGB zuweilen unsittliche und unbillige Klauseln enthalten sind, so daß eher von einer "Unsitte" gesprochen werden muß. Zum anderen fehlt ihnen, weil sie von einem "Kaufmann" oder Verband einseitig aufgestellt sind, das für eine Sitte Charakteristische, nämlich das Entstehen als Brauch<sup>1)</sup>.

In diesem Zusammenhang ist das "eigenartige"<sup>2)</sup> und "verwirrende"<sup>3)</sup> Verfahren der Berliner Handelskam-

---

1) Lukes JuS 1961, 304; Noerr S. 56.

2) Schreiber S. 22.

3) Michel S. 67.

mer zu schildern. Diese sammelte Geschäftsbedingungen und gab sie in ihren Veröffentlichungen heraus, meist mit der Empfehlung, sie anzuwenden; dabei setzte sie eine Frist von etwa einem Jahr und kündigte an, daß sie nach deren Ablauf die betreffenden Geschäftsbedingungen als Handelsbräuche anerkennen werde. Allein durch Fristablauf kann aber noch kein "Brauch" entstehen; es liegt also eine bewußte Schaffung von Handelsbräuchen vor, was begrifflich nicht möglich ist.

Es ist verschiedentlich eine Begründung dafür versucht worden, daß aGB Verkehrssitte sind; damit sollten ihr Wirksamwerden im einzelnen Rechtsverhältnis sichergestellt und so Rechtsunsicherheiten vermieden werden. Besonders häufig geschah dies bei den ADSp<sup>1)</sup>. Diese bieten zwar als "ausgehandelte" aGB - sie wurden in Verhandlungen mehrerer Wirtschaftsverbände niedergelegt - eine gewisse Gewähr dafür, daß nicht allzu einseitig die Interessen der Spediteure verfolgt werden. Trotzdem sollen die ADSp deren Position verstärken. Die Speditions- und Rollfuhrversicherung, die den "Kunden" einen

---

1) Bindels NJW 1955, 1132; Krien-Hay § 2 ADSp Anm.6; Mälzig NJW 1954, 605; Schmid-Loßberg MDR 1949, 609 und BB 1952, 104.

Benkard bezeichnet BB 1953, 783 die ADSp als Handelsbrauch, verlangt aber auf S. 784 inkonsequenterweise eine "Unterwerfung" des Auftraggebers; auch Huber I, S. 366, widerspricht sich, wenn er die ADSp einerseits als Handelsbrauch behandelt, ihnen andererseits Wirksamkeit aber nur kraft "beiderseitiger Unterwerfung" zuschreibt. Schmid-Loßberg spricht MDR 1951, 285 nicht von Handelsbrauch, da er das Urteil BGHZ 1, 83 (86) - an sich zutreffend - dahin versteht, daß der BGH hier eine "normative Lehre" vertritt. Unklar sind die Ausführungen Haid: Er spricht S. 10 davon, daß die ADSp "kraft Vertragsgrundlage" wirksam werden; seine übrigen Darlegungen lassen aber darauf schließen, daß er sie als Handelsbrauch ansieht.

In früherer Zeit wurden die ADSp als Handelsbrauch bezeichnet von OLG Breslau JW 1936, 2938 und OLG Karlsruhe DR 1943, 1233 Nr. 10.

Ausgleich für die Haftungserleichterungen der Spediteure bieten soll, ist dazu ungeeignet. Die Möglichkeit, Schäden durch Versicherungen abzufangen, ist kein Ersatz für sorgfältige Vertragserfüllung durch den Spediteur. Das wurde in dem Streitgespräch anlässlich des 41. Deutschen Juristentages wiederholt festgestellt<sup>1)</sup>. Selbst wenn die an der Aufstellung der ADSp beteiligten Verbände bzw. deren Nachfolgeorganisationen sie als Verkehrssitte betrachten - auch dies ist bisher von den Vertretern dieser Meinung nicht dargelegt -, so folgt daraus noch nicht, daß sie wirklich Verkehrssitte sind. Ein Brauch muß von allen beteiligten Rechtsgenossen als das Übliche angesehen werden. Zu den "Beteiligten" zählen bei den ADSp in nicht geringem Umfang auch private Auftraggeber, welche diese Ansicht nicht haben. Die ADSp als Ganzes sind daher keine Verkehrssitte<sup>2)</sup>.

Es ist denkbar, daß einzelne Klauseln von aGB Verkehrssitte werden. Dieser Punkt ist erreicht, wenn sie so lange angewandt worden sind, daß die Vertragsschließenden sich der Herkunft der Regel nicht mehr bewußt sind, sondern sie deshalb befolgen, weil sie allgemein üblich ist<sup>3)</sup>. Es gehört nicht zur Aufgabe

---

1) Vgl. dazu E 25, 26, 40; früher schon Raiser, AGB S. 310, 312. Anders Koehler LZ 1927, 1455; Sebba S. 9; BGHZ 33, 216 (220).

2) Baumbach-Duden Anh. nach § 415; Ratz in RGRK-HGB § 407 Anm. 28 c; Wolgast NJW 1954, 603 und BB 1954, 676. Allgemein für aGB Dove JW 1916, 371 und JW 1926, 1325 sowie Noerr S. 58.  
Aus der Rechtsprechung: BGHZ 9, 1 (3); 17, 1 (2); VersR 1954, 163; BB 1958, 284, die jeweils eine "Unterwerfung" verlangen. Das OLG Saarbrücken NJW 1953, 1833 verneint die Wirksamkeit der ADSp gegenüber ausländischen Auftraggebern.

3) Senckpiehl S. 42.

der vorliegenden Arbeit, Beispiele dafür zu geben, welche Klauseln im Laufe der Zeit zu Verkehrssitten geworden sind. Es genügt die Feststellung, daß eine in aGB enthaltene Regelung für die Auslegung von Vertragserklärungen von Bedeutung ist, wenn diese Regelung Verkehrssitte ist. Ob das der Fall ist, kann im Prozeß etwa durch die Einholung eines Gutachtens der Handelskammer festgestellt werden.

### III: Die Wirksamkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen kraft "normierender Verkehrssitte" nach Raiser

#### 1. Die Lehre Raisers

Nach Raiser kann die Verkehrssitte für ein Rechtsverhältnis in dreierlei Hinsicht wirksam werden.

a. Die Verkehrssitte als tatsächliche Übung ist gemäß § 157 BGB ein Hilfsmittel der Auslegung. Sie "normiert hier nicht selbst das Partieverhalten, sondern zeigt nur an, was die Parteien zu tun pflegen, welchen Sinn sie üblicherweise mit einem bestimmten Verhalten verbinden"<sup>1)</sup>.

b. Die tatsächliche Übung kann zum Rechtssatz erhoben werden; daraus entwickelt sich zunächst die "Normierung der Verweisung". Unter "Verweisung" versteht Raiser die Vereinbarung von aGB. Hier "vermag die Verkehrssitte die echte Verweisungserklärung durch eine Fiktion zu ersetzen; ein typisches Partieverhalten gilt jetzt als Verweisung"<sup>2)</sup> und reicht

---

1) Raiser, AGB S. 160 zu 1.

2) Raiser, AGB S. 161 zu 2.

aus, "um den Kunden an die AGB. zu binden"<sup>1)</sup>.

c. In den Fällen a. und b. bezieht sich die Verkehrssitte auf den "Verweisungsakt"; es ist nach Raiser aber auch möglich, daß sie "den Inhalt der AGB. zu normativer Verkehrssitte (erhebt), ... also aus den Richtlinien ergänzende Rechtssätze (macht), deren Eingreifen nun keiner - echten oder normierten - Verweisung mehr bedarf, weil die AGB. nicht erst Vertragsinhalt zu werden brauchen, um zu gelten"<sup>2)</sup>.

In diesen drei Arten erblickt Raiser "verschiedene Stufen"<sup>3)</sup> eines geschichtlichen Prozesses. Dabei sei die Verkehrssitte in ihrer Rolle als Auslegungsregel am häufigsten; als normativer Brauch wirke sie "seltener"; daß der Inhalt der aGB "objektives Recht" geworden sei, finde sich nur "in wenigen Fällen" und überwiegend "nur für einzelne Klauseln"<sup>4)</sup>.

Die "normierende Verkehrssitte" wirkt auf die unter b. beschriebene Weise. Die "Normierung" soll nach Raiser aber nur eintreten, wenn sie dem "Kunden" "zumutbar" ist, wenn er also "die Übung kennt oder kennen muß"<sup>5)</sup>. Den Inhalt der jeweiligen aGB braucht er dagegen nicht zu kennen<sup>6)</sup>. Daß er bei der "normierenden Verkehrssitte" auf den "Gedanken der Zumutbarkeit" abstellt, glaubt Raiser damit begründen zu können, daß das Zivilrecht auch sonst Rechtsfolgen davon abhängig macht, daß "der Betroffene die Tatsachen, an die das Recht die Folgen

---

1) Raiser, AGB S. 159.

2) Raiser, AGB S. 161 zu 3.

3) Raiser, AGB S. 161 zu 4.

4) Raiser, AGB S. 161 f.

5) Raiser, AGB S. 204.

6) Raiser, AGB S. 171.

knüpft, ... hätte kennen können"<sup>1)</sup>; er bezieht sich dabei auf v. Tuhr, der das Kennen-Müssen unter Hinweis auf § 122 Abs. 2 BGB dem Kennen "oft, aber nicht grundsätzlich"<sup>2)</sup> gleichstellt. Die Verweisung auf aGB ist nach Raiser da "normiert", wo deren Verwendung sich eingebürgert hat und im Verkehr als selbstverständlich angesehen wird; das soll etwa bei Großbetrieben des Bank-, Transport- und Versicherungswesens der Fall sein<sup>3)</sup>. Raiser mahnt die Rechtsprechung, bei der Anwendung dieses "Prinzips" auf andere Geschäftszweige Zurückhaltung zu üben<sup>4)</sup>.

## 2. Kritik

Lukes<sup>5)</sup> glaubt, Raiser habe den von Alfred Hueck angenommenen Verkehrssittesatz, daß "der an einem Normenvertrag Beteiligte dadurch, daß er ohne nähere Angaben einen Einzelvertrag abschließt, stillschweigend zum Ausdruck bringt, er wolle normengemäß abschließen"<sup>6)</sup>, für aGB "ausgeweitet" und dahin abgewandelt, daß auch an der Aufstellung von aGB Unbeteiligte normengemäß abschließen wollten, wenn die betreffenden aGB ordnungsmäßig bekanntgemacht seien. Dabei verkennt Lukes, daß Hueck und Raiser von einem verschiedenen Begriff der Verkehrssitte ausgehen; eine "normierende Verkehrssitte" ist Hueck fremd. Raiser verweist auch da, wo er seine Lehre entwickelt, niemals auf Hueck.

Bei der Verkehrssitte können nicht die von Raiser genannten "verschiedenen Stufen" unterschieden wer-

---

1) Raiser, AGB S. 164.

2) v. Tuhr II 1, S. 130.

3) Raiser, AGB S. 160.

4) Raiser, AGB S. 211.

5) Kartellvertrag S. 28.

6) Hueck Iher. Jahrb. 73, 53.

den. Daß sie nicht den unter c. beschriebenen Inhalt haben kann, folgt daraus, daß sie dann gleich dem Gewohnheitsrecht wäre, was nicht möglich ist<sup>1)</sup>. Dieselbe unzulässige Gleichsetzung von Verkehrssitte und rechtlicher Regelung liegt darin, daß Raiser die durch die "Zumutbarkeit" eingeschränkte "Normierung der Verweisung" damit begründet, daß das Gesetz mitunter die Folgen eines bestimmten Verhaltens davon abhängig macht, daß der Betroffene die rechtserheblichen Tatsachen kennt oder kennen muß.

Die Verkehrssitte "normiert" nicht, sie kann nur für die Auslegung von Rechtsgeschäften von Bedeutung sein. Eine "normierende Verkehrssitte" ist eine *contradictio in adjecto*. Raisers Lehre läuft zudem auf die "normative Kraft des Faktischen" hinaus. Er geht zwar davon aus, daß eine "Gruppe von Rechtsgenossen" die Übung "sanktioniert"<sup>2)</sup>, begründet die "Normierung der Verweisung" aber allein aus der tatsächlichen Praxis bestimmter Geschäftszweige.

Raisers Auffassung ist zudem widersprüchlich, weil der "Kunde" von der "Normierung", die "dispositives Recht" schafft<sup>3)</sup>, nur dann erfaßt werden soll, wenn dies für ihn "zumutbar" ist. Ein Verschuldensprinzip ist aber mit der objektiven Größe Verkehrssitte unvereinbar<sup>4)</sup> und die "Zumutbarkeit" als Unterscheidungskriterium dafür, wer von der "normierenden Verkehrssitte" erfaßt ist, unbrauchbar.

Die Uneinheitlichkeit der Gedankenführung zeigt sich auch in folgendem: Bei der "Zumutbarkeit" soll es auf die Vorstellungen des "Kunden" ankommen; da-

---

1) Vgl. oben S. 139.

2) Raiser, AGB S. 161.

3) Raiser, AGB S. 200.

4) Krause BB 1955, 267; Meeske BB 1959, 862.

gegen sind diese unbeachtlich, soweit er sich darauf berufen will, er habe nicht gewußt, daß sein Verhalten als Verweisung gedeutet werde<sup>1)</sup>. Desgleichen soll die "Normierung" nicht davon abhängen, daß der "Kunde" den Inhalt von AGB kannte und verstand<sup>2)</sup>; dagegen läßt Raiser die Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB dann zu, wenn AGB ungewöhnliche Klauseln enthalten, weil die "Normierung" nur die "Verweisung als solche, nicht den Inhalt der AGB." betreffe<sup>3)</sup>.

Die Kenntnis des Inhalts, soweit er üblich ist, soll unerheblich sein, weil der "Kunde" das "Risiko" eines ihm unbekannten Inhalts von AGB bereits mit dem Abschluß eines Geschäftes innerhalb des von der "normierenden Verkehrssitte" beherrschten Wirtschaftszweiges eingehe<sup>4)</sup>. Diese "Normierung" wird aber damit begründet, daß der "Kunde" den Inhalt von AGB nicht zu kennen brauche<sup>5)</sup>. Was zuerst als Begründung dieser Lehre gedient hat, erscheint jetzt als deren logische Konsequenz; das ist ein Zirkelschluß. Außerdem wird nicht begründet, wieso gerade der "Kunde" das "Risiko" tragen soll. Die Möglichkeit, den "Kaufmann" damit zu belasten, wird nicht erwogen. Hierfür spräche aber zumindest der Umstand, daß der "Kaufmann" sich in seinen AGB manche Besserstellung verschaffen will, es also an ihm läge, für deren zweifelsfreie Vereinbarung zu sorgen.

Raisers Lehre von der "durch die Verkehrssitte normierten Verweisung" muß daher abgelehnt werden. Sie

---

1) Raiser, AGB S. 161.

2) Raiser, AGB S. 171.

3) Raiser, AGB S. 172 und 247.

4) Raiser, AGB S. 171.

5) Raiser, AGB S. 166.

hat auch keine Zustimmung gefunden<sup>1)</sup>.

### 3. Die "einfache Verkehrssitte"

Es ist noch zu untersuchen, ob die von Raiser mit der "normierenden Verkehrssitte" unzulässigerweise erzielten Ergebnisse mit einem Satz der "einfachen Verkehrssitte", also der zur Auslegung und Ergänzung eines Vertrages dienenden, begründet werden können. Die Frage ist also, ob aGB deshalb wirksam werden, weil "bei ordnungsmäßig bekanntgemachten allgemeinen Geschäftsbedingungen mangels entgegenstehender Äußerung gemäß diesen Bedingungen abgeschlossen" wird<sup>2)</sup>.

Dies könnte schon mit der Begründung verneint werden, daß ein solcher Satz der Verkehrssitte nicht besteht<sup>3)</sup>, ein Ergebnis, für das in der Tat die vielen mühsamen und erfolglosen Konstruktionsversuche sprechen.

Es ist jedoch darüber hinaus zu untersuchen, ob der Satz gebilligt werden kann oder als Unsitte zu verwerfen ist<sup>4)</sup>. Ob der "Kunde" den Inhalt von aGB kennt, ist hiernach unerheblich. Dies kann nicht damit begründet werden, daß der "Kunde" ihn ohnehin nur mit Mühe oder gar nicht verstehe, sich zudem in Zeitnot befinde und gar keine Mühe auf deren Studium verwende, weil er sich sage, er könne doch nichts ändern<sup>5)</sup>. Der "Kunde" versteht aber die

---

1) Etzler S. 7 ff.; Krause BB 1955, 267; Lukes, Kartellvertrag S. 28 f.; Meeske BB 1959, 862.

2) So die Formulierung bei Lukes, Kartellvertrag S.28.

3) Lukes, Kartellvertrag S. 28 f. und 209 sowie JuS 1961, 305.

4) Dazu Gallois JR 1956, 46; Klausning JW 1924, 814; Schlegelberger-Hildebrandt § 346 Anm. 10.

5) So Raiser, AGB S. 169.

aGB nur deshalb so schwer, weil der "Kaufmann" sie so umfangreich abgefaßt hat. Er ist in Zeitnot, weil der "Kaufmann" auf schnellem Abschluß besteht, und er ist zu einer Änderung nicht in der Lage, weil der "Kaufmann" sich nicht darauf einläßt. Wenn eine Lehre zum Wirksamwerden von aGB erklärt, der "Kunde" brauche deren Inhalt nicht zu kennen, so billigt sie die Handlungsweise des "Kaufmanns" und resigniert vor wirtschaftlicher Macht.

Jener Satz der Verkehrssitte kann daher von Rechts wegen nicht anerkannt werden. Auf diesem Wege ist also das Wirksamwerden von aGB für das einzelne Rechtsverhältnis nicht zu begründen.

#### IV: Das kaufmännische Bestätigungsschreiben

Abschließend sei auf einen Anwendungsfall der Verkehrssitte, genauer: des Handelsbrauchs, hingewiesen. Nach völlig unbestrittener Ansicht liegt in dem Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben<sup>1)</sup> die Billigung seines Inhalts<sup>2)</sup>. Das gilt auch dann, wenn als Teil des Bestätigungsschreibens aGB mitgesandt werden. Das Schweigen eines "Kunden", der Vollkaufmann im Sinne des HGB ist, führt hier dazu, daß diese für das Einzelrechtsverhältnis wirksam werden<sup>3)</sup>.

---

1) Zur Terminologie und Begriffsbestimmung Krause BB 1952, 998 und - ihm folgend - BGHZ 18, 212 (215 f.).

2) Baumbach-Duden § 346 Anm. 4 C; v. Godin in RGRK-HGB § 346 Anm. 16 h; Schlegelberger-Hildebrandt § 346 Anm. 34; BGHZ 11, 1 (5).  
Aus früherer Zeit RGZ 54, 176 (182); 88, 377 (380); 114, 282 (283); 129, 347 (348).

3) Droste S. 3; BGHZ 7, 187 (190).

Dieses Ergebnis ist auch unter dem oben zu III 3 entwickelten Standpunkt zu billigen. Zweifel treten jedoch in den Fällen auf, in denen der "Kaufmann" auf die "beiliegenden" aGB verwiesen hatte, die Beifügung jedoch tatsächlich unterblieben war. Hier nimmt eine weitverbreitete Ansicht an, daß die aGB gleichwohl für das Einzelrechtsverhältnis wirksam seien, weil der Empfänger des Schreibens nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen sei, entweder vorsorglich zu widersprechen oder die aGB anzufordern<sup>1)</sup>. Diese Ansicht hält es wieder für unerheblich, ob der "Kunde" den Inhalt von aGB kennt. Der bloße Hinweis auf sie soll die Kenntnis ihres Inhalts ersetzen, genau wie nach Raiser für die "normierende Verkehrssitte" nicht die Kenntnis des Inhalts der betreffenden aGB, sondern nur die Kenntnis bzw. die verschuldete Unkenntnis von deren Bestehen in bestimmten Wirtschaftszweigen erforderlich ist.

Wenn dem Bestätigungsschreiben zwar aGB beigelegt oder auf dessen Rückseite abgedruckt sind, im Text des Schreibens auf der Vorderseite jedoch nicht darauf Bezug genommen ist, sollen nach einigen Urteilen die aGB nicht wirksam sein, weil die Beifügung nicht den ausdrücklichen Hinweis auf sie ersetze, der Handelsverkehr aber klare und unzweideutige Erklärungen verlange<sup>2)</sup>. Es ist sehr fraglich,

---

1) Baumbach-Duden Einf. Buch III Anm. 3 C; Odebrecht S. 20; Raiser, AGB S. 173; BGHZ 7, 187 (190); RG JW 1922, 1675; KG JW 1926, 1676 Nr. 1; KG ROLG 41, 216; OLG Frankfurt ROLG 24, 177; LG Hamburg Hans RGZ 1929, B, 535 (537).

2) RG Recht 1924, Nr. 340; RG JW 1925, 779 Nr. 33; dagegen allerdings Haus S. 7 N. 11, der auch hier das Wirksamwerden bejaht. Das Urteil RG SeuffA 83, Nr. 202, das auf der Rückseite des Schreibens befindliche aGB nicht für wirksam hält, ist in diesem Zusammenhang unergiebig, da dort auf der Vorderseite ebenfalls Bedingungen wiedergegeben waren, die denen auf der Rückseite widersprachen.

ob der ausdrückliche Hinweis auf aGB, deren Beifügung vergessen wurde, wirklich "klarer" und "unzweideutiger" ist als die vollständige Textwiedergabe ohne besondere Bezugnahme.

Aus den Urteilen geht hervor, daß die Rechtsprechung die Tendenz verfolgt, den Hinweis auf aGB nicht nur stellvertretend für deren vollen Abdruck zu nehmen, sondern ihn als allein maßgebend anzusehen. Das ist unrichtig. Daß es auf die Kenntnis des "Kunden" vom Inhalt der betreffenden aGB nicht ankomme, kann nicht damit begründet werden, daß er andernfalls eine Handhabe zu "schikanösen Einwänden" habe<sup>1)</sup>. Liegen die aGB nicht bei, so sind sie dem "Kunden" nicht zugegangen; was einer Person nicht zugegangen ist, ist ihr gegenüber nicht erklärt. Darauf darf der "Kunde" sich berufen.

Nach einem allgemein anerkannten Grundsatz<sup>2)</sup> werden bei Unklarheiten aGB gegen den Aufsteller ausgelegt, da er sich klar und unzweideutig hätte ausdrücken können. Warum wird dieser Gedanke hier nicht angewandt, wo der Aufsteller gar nichts erklärt, eine Willenserklärung vielmehr allenfalls

---

1) Raiser, AGB S. 173.

2) Dieser Gedanke beherrscht seit ROHG 5, 242 (243) die Rechtsprechung. Vgl. noch RGZ 18, 142 (144); RGZ 116, 274 (276); RG DR 1941, 1727; BGHZ 5, 111 (115); BGHZ 24, 39 (45).

Aus dem Schrifttum Erman-Hefermehl § 157 Anm. 6; Helm AcP 161, 522; Staudinger-Weber § 242 Anm. A 426 mit weiteren Nachweisen. Dagegen Koehler S. 46; Raiser, AGB S. 269. Zweifelnd Prölß VersR 1953, 5 unter dem Eindruck "normativer Lehren".

angekündigt hat<sup>1)</sup>? Der logisch und juristisch allein zulässige Weg ist es, erst festzustellen, was vereinbart worden ist; erst dann kann einzelnen Punkten die Wirksamkeit abgesprochen werden.

Das kaufmännische Bestätigungsschreiben soll beiden Vertragspartnern Klarheit über Inhalt und Tragweite der Vereinbarung verschaffen. Das kann es nicht, wenn ein Teil über die AGB seines Vertragspartners im Unklaren ist, weil sie ihm nicht vorliegen.

Die für das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben anerkannten Rechtsfolgen können daher nur dann eintreten, wenn die AGB ihrem vollen Inhalt nach dem Schreiben beiliegen.

4. Teil: Lehren, die weder allgemeine Geschäftsbedingungen als rechtliche Regelungen ansehen noch für deren Wirksamwerden einen Vertrag verlangen

§ 18: Die "vermittelnden Theorien" zum Wirksamwerden von allgemeinen Geschäftsbedingungen

I: Grundsätzliche Überlegungen zu "vermittelnden Theorien"

Die "vermittelnden Theorien" gehen davon aus, daß eine Regelung auch dann für ein Rechtsverhältnis

---

1) Im Ergebnis übereinstimmend Meiss VersR 1960, 963.

wirkt, wenn sie weder eine rechtliche Regelung noch vertraglich vereinbart ist. Es muß daher zunächst untersucht werden, ob dies möglich ist. Das setzt Klarheit darüber voraus, auf welche Weise der Inhalt eines Rechtsverhältnisses bestimmt werden kann. Dies kann nur entweder durch die an ihm beteiligten Personen oder durch einen daran Unbeteiligten geschehen. Ein Drittes gibt es nicht, da neben Beteiligtsein und Unbeteiligtsein nichts anderes möglich ist.

Die Beteiligten können den Inhalt eines Rechtsverhältnisses nur gemeinsam durch Vertrag festsetzen. Ein Vertragspartner allein kann dies nicht. § 315 BGB gibt ihm dazu kein Recht, da hiernach nur der Inhalt einer Leistung bestimmt werden kann.

Da durch die Festlegung des Inhalts eines Rechtsverhältnisses dessen Wirkungen für die Parteien geregelt werden, kann eine solche Bestimmung von einem an diesem Verhältnis nicht Beteiligten nur dann wirksam getroffen werden, wenn er dazu eine entsprechende rechtliche Macht hat. Diese besitzt nur der Gesetzgeber oder ein von diesem autorisierter anderer. Nicht hierher gehört der Fall des § 317 BGB. Diese Vorschrift regelt nur die Bestimmung des Inhalts einer Leistung, nicht jedoch die des Inhalts eines Rechtsverhältnisses durch einen Dritten.

Da das soeben entwickelte zwingend ist, kann auch für das Wirksamwerden von AGB im einzelnen Rechtsverhältnis nichts anderes gelten. Es folgt daher nur daraus, daß AGB entweder rechtliche Regelungen oder vertraglich vereinbart sind. Eine Lehre, die auf andere Gesichtspunkte abstellt, muß daher unrichtig sein. Dies wird die nun folgende Untersuchung der einzelnen "vermittelnden Theorien" bestätigen.

## II: Darstellung und Kritik der "vermittelnden Theorien"

### 1. Die Lehre Krauses

Krause<sup>1)</sup> will die Rechtsprechung aus dem "nicht mehr ... passenden Kleid der Willenserklärung" lösen, ohne dabei "die rein einseitige Schaffung einer Verbindlichkeit der AGB freizugeben". Er geht davon aus, daß aus dem "sozialen Kontakt", der für jeden "Kunden" aus Verhandlungen mit Partnern des "typisierten Massenverkehrs" entstehe, die Obliegenheit entspringe, sich über das Bestehen und den Inhalt von ihm zugänglichen aGB zu informieren und ihnen bei Vertragsschluß zu widersprechen, falls er ihr Wirksamwerden ablehnt. Eine schuldhaftes Nichterfüllung dieser Obliegenheit führe nicht zu einem Schadensersatzanspruch des "Kaufmanns", sondern habe für den "Kunden" gewisse Nachteile zur Folge, die darin bestünden, daß die Rechtsposition des "Kaufmanns" sich dadurch verbessere, daß seine aGB wirksam würden.

Die Ausführungen Krauses gehen zurück auf die Lehre Dölles<sup>2)</sup>; dieser hatte mit dem "sozialen Kontakt" gewisse Schutz-, Fürsorge- und Erhaltungs-<sup>3)</sup>, Anzeige-, Aufklärungs- und Mitteilungs-<sup>4)</sup> sowie außergesetzliche Vergütungspflichten<sup>5)</sup> begründet. In diese Pflichten läßt sich die von Krause behauptete Obliegenheit zum Widerspruch nur schwer einfügen. Dazu kommt, daß nach Dölle aus dem "sozialen Kontakt" eine Haftung für die eigene Rechts-

---

1) BB 1955, 267; zustimmend Staudinger-Coing Anm. 24 k vor § 145.

2) ZStW 103, 67 ff.

3) aaO. S. 67 ff., besonders S. 72 f.

4) aaO. S. 86 ff.

5) aaO. S. 89 ff., allerdings nur in einzelnen Ausnahmefällen (S. 101).

sphäre oder wegen eines entgegengebrachten Vertrauens entsteht<sup>1)</sup>. Bei aGB handelt es sich aber nicht um die eigene Rechtssphäre des "Kunden". Überdies bringt der "Kaufmann" dem einzelnen "Kunden" kein irgendwie geartetes Vertrauen entgegen. Es ist inkonsequent, auf der einen Seite vom "entpersönlichten" oder "genormten Massenverkehr" zu sprechen und zugleich einen "Kontakt", also eine Berührung zweier Personen, anzunehmen. Selbst bei längeren Vertragsverhandlungen führt das dem anderen Partner entgegengebrachte Vertrauen allein nicht zum Wirksamwerden von aGB; warum in einem "entpersönlichten Massenverkehr" der "soziale Kontakt" mehr bewirken soll, bleibt unklar<sup>2)</sup>.

Krause zeigt deutlich, daß er zwischen den "normativen" und den "vertraglichen" Lehren "vermittelt". Er sagt einmal, daß mit seiner Lehre die Willenserklärung verlassen sei, bemerkt aber auf der anderen Seite, daß der "soziale Kontakt" nicht im Gesetz normiert sei<sup>3)</sup>. Damit spricht er dem ausschließlich aus Tatsachen entstehenden "sozialen Kontakt" die Kraft zu, Rechte und Pflichten begründen zu können. Das ist eine soziologische Argumentation, die aus den bereits dargelegten Gründen nicht zur Beantwortung einer dogmatischen Frage herangezogen werden kann. Gegen Krause spricht ferner, daß der "Begriff" des "sozialen Kontakts" zu unbestimmt ist und er selbst ihn nicht näher definiert hat.

Krause will mit seiner auf den Gedanken der Zumutbarkeit abgestellten Lehre eine "letzte Bastion gegen eine rein objektive Geltung der ... aGB"<sup>4)</sup> er-

---

1) aaO. S. 74.

2) Etzler S. 121.

3) Krause BB 1955, 267.

4) Krause aaO.

richten. Diese Zielsetzung ist im gegebenen Zusammenhang erstaunlich. Wenn Krause den "Kunden" schützen will - und das ergibt sich deutlich aus seinem Artikel -, so ist damit nicht vereinbar, daß er einen bis dahin unbekannten Wirkungsgrund für aGB aufstellt. Warum findet er sich nicht mit der Feststellung ab, daß Gesetz und Vertrag in den von ihm behandelten Fällen das Wirksamwerden von aGB nicht begründen können?

Krauses Lehre zum Wirksamwerden von aGB paßt nicht in das System von Gesetz und Rechtsgeschäft hinein<sup>1)</sup> und ist daher abzulehnen.

## 2. Die Lehre Meeskes

Meeske will das Wirksamwerden von aGB mit einer Analogie zum Verschulden beim Vertragsschluß begründen<sup>2)</sup>. Nach ihm entsteht durch den Eintritt in Vertragsverhandlungen für den "Kunden" die Pflicht, sich nach aGB zu erkundigen. Bei einer Verletzung dieser Verpflichtung habe er Schadensersatz zu leisten. Dieser bestehe darin, daß die aGB des "Kaufmanns" wirksam würden. Dies sei im Bereich des Massenverkehrs ausnahmslos der Fall, außerhalb desselben nur, wenn der "Kunde" den Vertrag auch bei Kenntnis der aGB abgeschlossen hätte; andernfalls könne der "Kaufmann" nur das Vertrauensinteresse verlangen.

Auch die Theorie Meeskes ist jener "Zwischengruppe" zuzuordnen. Nach Meeske wird mit Hilfe eines Scha-

---

1) Erman-Hefermehl Anm. III 3 b vor § 145; Meeske BB 1959, 863 zu c.

2) Meeske BB 1959, 863 zu 3.

denersatzanspruchs ein Vertrag ergänzt und dann aus diesem die volle Vertragspflicht entnommen. Ein solches Zusammenspiel von Vertrags- und Deliktsrecht ist dem geltenden Recht fremd.

Die "Pflicht", sich nach aGB zu erkundigen, ist allein aus dem Eintritt in Vertragsverhandlungen nicht begründbar. Eine Pflicht, die nicht besteht, kann aber nicht verletzt werden und keinen Schadensersatzanspruch auslösen.

### 3. Die Lehre Siegs

Einen eigenartigen Versuch zur Begründung des Wirksamwerdens von aGB unternimmt Sieg; er will diesen allerdings auf AVB beschränkt wissen<sup>1)</sup>. Nach Sieg besteht im Versicherungsrecht eine Verkehrssitte des Inhalts, daß bei Versicherungsverträgen grundsätzlich AVB angewandt werden. Daraus leitet er ab, daß auf Grund des Gleichbehandlungsgrundsatzes, der auch das Versicherungsrecht beherrsche, kein Versicherungsnehmer erwarten könne, daß sein Vertrag einen anderen Inhalt bekomme<sup>2)</sup>.

In dieser Lösung werden zwei Gedanken verbunden, die nichts miteinander zu tun haben. Wenn eine derartige Verkehrssitte besteht, so wird durch sie nach § 157 BGB das Rechtsgeschäft des Versicherers mit dem Versicherungsnehmer ergänzt. Dann aber werden die AVB kraft Vertrages wirksam, ohne daß es

---

1) RdA 1955, 442; Sieg will in seinem Aufsatz Grundsätze, die für aGB entwickelt worden sind, zur Begründung des Wirksamwerdens der sog. "betrieblichen Übung" im Einzelarbeitsverhältnis heranziehen. Seine Ausführungen befassen sich also nicht unmittelbar mit aGB.

2) Sieg aaO. S. 443.

des Gleichbehandlungsgrundsatzes bedarf. Außerdem ist dessen Geltung im Versicherungsrecht nicht zweifelsfrei. Nach § 10 Abs. 3 VAG darf der Versicherer von den AVB zuungunsten der Versicherungsnehmer nur unter erschwerten Voraussetzungen abweichen. Diese Pflicht des Versicherers besteht, da es sich bei dem VAG um öffentliches Recht handelt, gegenüber der Aufsichtsbehörde. Aus ihr können daher Verpflichtungen des Versicherers gegenüber den Versicherungsnehmern nicht entnommen werden. § 21 Abs. 1 VAG, den Sieg als Ausdruck des Gleichbehandlungsgrundsatzes betrachtet<sup>1)</sup>, steht im Abschnitt "Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit" und sollte daher auf das Korporationsrecht beschränkt bleiben<sup>2)</sup>.

Unterstellt man die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes außerhalb des Rechts der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, so kann damit das Wirksamwerden von AVB trotzdem nicht begründet werden. Der Grundsatz besagt, daß Gleiches gleich zu behandeln ist. Das bedeutet hier, da die Wirksamkeit der AVB auf dem Versicherungsvertrag beruht, daß derjenige, der AVB vereinbart hat, gleich den anderen Vertragsschließenden zu behandeln ist, die ebenfalls AVB vereinbart haben. Wenn aber die AVB vereinbart sind, so wirken sie, ohne daß es auf den Gleichbehandlungsgrundsatz ankommt.

Die Auffassung Siegs ist daher unzutreffend.

#### 4. Die Lehren Guthkes und Nipperdeys

"Vermittelnde Theorien" sind auch die Lehren, die annehmen, daß aGB nach Treu und Glauben wirksam

---

1) Sieg aaO. S. 442.

2) G. Hueck S. 159; Prölß § 21 VAG Anm. 1.

werden.

Guthke geht von dem Fall aus, daß der "Kunde" aGB nicht vereinbart hat<sup>1)</sup>, und will mit dem Verbot des venire contra factum proprium arbeiten: Wenn es einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstelle, daß der "Kunde" darauf hinweist, daß aGB nicht vereinbart sind, dann besage jenes Verbot, daß er sich nicht auf diesen Umstand berufen dürfe. Wann ein solcher Verstoß vorliegt, ergibt sich nach Guthke aus der Verkehrssitte. Sei nämlich die Verwendung von aGB zur Verkehrssitte erwachsen, so müsse davon ausgegangen werden, daß diese auch im "konkreten Fall" "Vertragsgrundlage" geworden seien<sup>2)</sup>. Ob ein Verhalten einer Person überhaupt als Willenserklärung zu gelten habe, will Guthke nach § 242 BGB entscheiden<sup>3)</sup>.

Auch Nipperdey sieht in einem unterbliebenen Widerspruch des "Kunden" gegen aGB deren Billigung, wenn der andere Vertragspartner auf aGB "verwiesen" hatte und nach Treu und Glauben in dem Schweigen eine Billigung erblicken durfte<sup>4)</sup>. Als Hauptfälle solcher "Verweisungen" nennt Nipperdey<sup>5)</sup> eine längere Geschäftsverbindung, Anschläge im Geschäftslokal und die Üblichkeit der Verwendung von aGB durch bestimmte Geschäftszweige. Das Ausbleiben des Widerspruchs soll dem "Kunden" als Willenserklärung "zugerechnet" werden, obwohl Nipperdey<sup>6)</sup>

---

1) aaO. S. 79; vgl. auch die Überschrift zu Teil C. Aus der Anlage der Arbeit geht hervor, daß Guthke die "normativen Lehren" ablehnt. Er ist also ein "Musterfall" einer "vermittelnden Theorie".

2) aaO. S. 80.

3) aaO. S. 80.

4) Enneccerus-Nipperdey § 163 VI 3, S. 1009 f. In gleichem Sinne Bindels NJW 1955, 1134.

5) Enneccerus-Nipperdey § 163 VI 3, S. 1010.

6) aaO. S. 1009.

davon ausgeht, daß dieser insoweit keinen Geschäftswillen hat, so daß eine "echte Vereinbarung" nicht vorliegt.

Beide Lehren laufen darauf hinaus, daß Treu und Glauben ein Verhalten zu einer Willenserklärung machen, das keine ist. Das ist unzutreffend. Treu und Glauben haben die Bedeutung eines Auslegungsmittels, §§ 157, 242 BGB. Sie setzen also voraus, daß ein Rechtsverhältnis bereits besteht, können aber nicht dessen Entstehungstatbestand sein. Es darf nicht dahin kommen, daß Treu und Glauben überall da herangezogen werden, wo eine gefühlsmäßig getroffene Entscheidung juristisch abgedeckt werden soll<sup>1)</sup>. Wenn der Richter anhand einer willkürlichen Abwägung nach Treu und Glauben darüber entscheidet, ob überhaupt ein Vertrag geschlossen worden ist, macht er ein nichtrechtsgeschäftliches Verhalten zu einem rechtsgeschäftlichen. Nach Treu und Glauben kann nur darüber entschieden werden, ob eine Willenserklärung die vom Erklärenden beabsichtigten Wirkungen hervorgerufen hat, nicht aber darüber, ob überhaupt ein Wille erklärt worden ist. Andernfalls würden nicht die Parteien über den Inhalt ihres Rechtsgeschäfts entscheiden, sondern der Richter durch eine ex post zu treffende "Billigkeitsentscheidung".

Zudem ist diese Entscheidung auch nicht "billig". Dem "Kaufmann", der durch seine AGB eine vorteilhaftere Position erstrebt, wird die Erlangung dieser Begünstigung erleichtert, während dem "Kunden" als dem Benachteiligten eine Obliegenheit zum Wi-

---

1) Meeske BB 1959, 862 spricht von dem "von vornherein untaugliche(n) Versuch, in dem Gesetz selbst eine Legitimation für die Abschaffung des Gesetzes zu finden". Kritisch zu solchen Versuchen auch Etzler S. 18.

derspruch auferlegt wird.

Die Lehren Guthkes und Nipperdeys sind daher abzulehnen.

## 5. Die Lehre Flumes

Flume geht davon aus, daß in der Regel der Inhalt von AGB von den Vertragsschließenden nicht vereinbart wird, sondern daß diese auf AGB nur "verweisen"<sup>1)</sup>. Diese "Verweisung" überträgt einem der Partner das Recht, einseitig eine Regelung zu setzen, gleicht daher dem in § 315 BGB geregelten Fall<sup>2)</sup> und bedarf grundsätzlich der vertraglichen Vereinbarung<sup>3)</sup>. Eine solche liegt nach Flume da nicht vor, wo der andere Vertragspartner, weil in einer bestimmten Branche alle Geschäfte zu AGB geschlossen werden, nur "wissen muß", daß auch sein Vertrag unter Zugrundelegung von AGB abgeschlossen ist; es handelt sich für Flume hier vielmehr um "einen besonderen Geschäftstyp ..., für welchen die Rechtsordnung anerkennt, daß in Ergänzung der vertraglichen Vereinbarung die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten"<sup>4)</sup>. In der Rechtsprechung sei nämlich der Rechtssatz anerkannt, daß "bei den Vertragstypen, bei denen der Abschluß nur zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgt, die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne vertragliche Vereinbarung eintritt. Die einseitige Regelung durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist als Rechtens anerkannt, weil sie für die fraglichen Vertragstypen sachgerecht ist"<sup>5)</sup>.

---

1) Flume, Festschrift S. 166.

2) Flume aaO. S. 167.

3) Flume aaO. S. 166.

4) Flume aaO.

5) Flume aaO. S. 176.

Daß er auf der einen Seite verneint, daß in den von ihm behandelten Fällen eine vertragliche Vereinbarung der "Verweisung" vorliegt<sup>1)</sup>, auf der anderen Seite aber davor warnt, die "Verweisung" auf aGB als "Unterwerfung unter eine fertig bereitliegende Rechtsordnung" zu bezeichnen<sup>2)</sup>, zeigt, daß Flume eine "vermittelnde Theorie" vertritt. Der Nachweis, daß die "Rechtsordnung" das Wirksamwerden von aGB auch ohne vertragliche Vereinbarung "anerkannt" habe, ist ihm aber nicht gelungen.

Mit § 315 BGB kann dies nicht begründet werden, weil hiernach nicht der Inhalt eines Rechtsverhältnisses, sondern nur der einer Leistung bestimmt werden kann. Das Wirksamwerden von aGB kann auch nicht darauf beruhen, daß die Rechtsprechung ihre "Geltung" "anerkannt" hat. Bereits in der Auseinandersetzung mit der Ansicht Rühls<sup>3)</sup> wurde darauf hingewiesen, daß ein Gericht, das nicht vertraglich vereinbarte aGB als wirksam ansieht, falsch urteilt und daß eine unzutreffende Rechtsprechung nicht als Begründung einer Lehre zum Wirksamwerden von aGB dienen kann.

Flume kann seine Meinung schließlich nicht damit begründen, daß er ausführt, "die Geltung" von aGB entspreche "um ihrer sozialen Funktion willen ... einer 'richtigen' Ordnung"<sup>4)</sup>. Die "Richtigkeit" bzw. "Sachgerechtigkeit" wird von ihm allein aus der Stellung von aGB im Wirtschaftsleben und aus ihrer Handhabung durch die "Kaufleute" hergeleitet. Dies ist eine soziologische Argumentation, mit der die dogmatische Frage, wie aGB für ein Rechtsver-

---

1) Flume aaO. S. 166.

2) Flume aaO. S. 168.

3) Vgl. S. 49.

4) Flume aaO. S. 167.

hältnis wirksam werden, nicht beantwortet werden kann.

Die Lehre Flumes muß daher abgelehnt werden.

### Drittes Kapitel

#### Die Ergebnisse der Untersuchung

##### § 19: Zusammenfassung

Bei den Lehren zum Wirksamwerden von aGB lassen sich drei Gruppen unterscheiden: die "normativen", die "vertraglichen" und die "vermittelnden".

Die "normativen Lehren" nehmen an, daß aGB wie rechtliche Regelungen wirken. Diese Ansicht ist unzutreffend.

Sie kann nicht mit soziologischen Argumentationen begründet werden: Die Frage, wie aGB für ein einzelnes Rechtsverhältnis wirksam werden, ist eine dogmatische, die deshalb nur dogmatisch beantwortet werden kann.

Das Reichsgericht behandelte aGB wie rechtliche Regelungen, indem es sie als revisibel ansah. Im Jahre 1941 bezeichnete es sie als "fertig bereitliegende Rechtsordnung", ohne dies näher zu begründen. Die vom Schrifttum für die normative Wirkung von aGB zusammengetragenen Argumente sind nicht haltbar. Sie vermengen öffentliches und privates Recht, können eine Rechtssetzungsbefugnis des "Kaufmanns" nicht begründen und sind inkonsequent, weil sie eine "Unterwerfung" des "Kunden" verlangen.

Nur das auf C. Schmitt zurückgehende "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" kann aGB als "Recht" ansehen. Da hiernach "Stand" und "Unternehmen" "konkrete Ordnungen" und aGB deren "Ausflüsse" sind, kommt es auf eine Rechtssetzungsbefugnis des "Kaufmanns" nicht an; öffentliches und privates Recht werden nicht in unzulässiger Weise vermengt, weil das "konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken" diesen Unterschied nicht kennt. Eine "Unterwerfung" des "Kunden" ist schließlich notwendig, weil er dem "Stand" bzw. dem "Unternehmen" nicht angehört. Die Lehre C. Schmitts muß abgelehnt werden. Das von ihr betonte "Gemeinschaftsdenken" ist verfehlt. Sie ist keine Denkmethode, führt zu Rechtsunsicherheit, zerstört durch die Betonung des Führerprinzips den Rechtsstaat und verneint das subjektive Recht.

Die normative Wirkung von aGB kann schließlich auch nicht damit begründet werden, daß die Verbände "nichtstaatliche Rechtsetzer" seien. Verbände sind kein "Stück Staat". Parallelen zwischen dem Abschluß eines Tarifvertrages und der Aufstellung von aGB sind verfehlt; diese ist auch kein nach öffentlichem Recht zu beurteilender Vorgang.

Die "vertraglichen Lehren" zum Wirksamwerden von aGB waren vor 1941 und sind heute herrschende Meinung. Sie nehmen an, daß aGB nur auf Grund eines Vertrages zwischen "Kaufmann" und "Kunde" wirksam werden können. Diese Auffassung wird aber nicht konsequent durchgeführt. Dies zeigt sich darin, daß von einer "Unterwerfung" des "Kunden" unter aGB gesprochen wird, daß darauf abgestellt wird, ob er das Bestehen von aGB "kennen mußte", daß deren Veröffentlichung für den Vertragsschluß Bedeutung haben soll und daß die Willenserklärung des "Kunden" in unzulässiger Weise ausgelegt wird.

AGB sind dann für ein Rechtsverhältnis von Bedeutung, wenn ihr Inhalt Verkehrssitte ist. Dagegen kann ihr Wirksamwerden nicht damit begründet werden, daß in bestimmten Wirtschaftszweigen die Verwendung von aGB zu "normierender Verkehrssitte" geworden sei. Diese Lehre geht von einem unrichtigen Begriff der Verkehrssitte aus.

Die "vermittelnden Theorien" sehen aGB nicht als rechtliche Regelungen an, verlangen für deren Wirksamwerden aber auch keine dahingehenden Willenserklärungen der Parteien. Diese Lehren sind von vornherein deshalb unzutreffend, weil jede Bestimmung des Inhalts eines Rechtsverhältnisses, also auch die durch aGB, nur dann wirksam sein kann, wenn sie eine rechtliche Regelung oder vertraglich vereinbart ist. Dies wird noch bestätigt durch eine nähere Untersuchung der einzelnen "vermittelnden Theorien", die auf den "sozialen Kontakt", das Verschulden beim Vertragsschluß, den Gleichbehandlungsgrundsatz, Treu und Glauben sowie darauf abstellen, daß die "Geltung der aGB" um ihrer "sozialen Funktion" willen einer "richtigen Ordnung" entspricht.

AGB können also nur dann wirksam werden, wenn sie vertraglich vereinbart sind. Eine Lehre, welche diese Erkenntnis folgerichtig durchführt, gibt es nicht.

## Lebenslauf

Am 15. Februar 1937 wurde ich als Sohn des Lehrers Karl Ruhland und dessen Ehefrau Maria, geb. Mausehund, in Kassel geboren.

Im Herbst 1943 wurde ich in die Volksschule Frankenberg/Eder eingeschult. Im Herbst 1947 trat ich in das Realgymnasium Edertalschule in Frankenberg/Eder ein, dem ich bis zu meinem Abitur am 4. 3. 1957 angehörte.

Anschließend begann ich an der Philipps-Universität Marburg mit dem Studium der Rechtswissenschaften. Während des 3. bis 5. Semesters studierte ich an der Ludwig-Maximilians-Universität in München. Am 30. 4. 1962 legte ich vor dem Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Frankfurt die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung ab.

Anschließend war ich ein Jahr als wissenschaftliche Hilfskraft an der Philipps-Universität angestellt.

Am 15. 11. 1963 trat ich als Gerichtsreferendar in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Hessen ein und bestand am 30. 10. 1967 vor dem Justizprüfungsamt des Landes Hessen die zweite rechtswissenschaftliche Staatsprüfung.





